Klaus-Dieter Waldt

DIE LEHRE VOM ARBEITSVERTRAG BIS ZUM ENDE DER WEIMARER REPUBLIK, INSBESONDERE EIN BEITRAG ZUM ARBEITSVERTRAG VON PHILIPP LOTMAR

1973

1974

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547228_0011

Die Lehre vom Arbeitsvertrag bis zum Ende der Weimarer Republik, insbesondere ein Beitrag zum Arbeitsvertrag von Philipp Lotmar

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
Münster

vorgelegt von
Klaus-Dieter Waldt
aus Deutsch-Krone
1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Prof.Dr.Kollhosser
1. Berichterstatter: Prof.Dr.Kiefner
2. Berichterstatter: Prof.Dr.Kupisch

Tag der mündlichen Prüfung: 20.12.1973

Inhaltsübersicht

	Seite
Einleitung	1
1. Kapitel Die soziale Frage	2
I. Die Arbeiterfrage	2
II. Der freie Arbeitsvertrag	3
III. Die soziale Bewegung	5
1. Die Parteien	5
2. Die kirchlich-sozialen Bewegungen	7
3. Die Gewerkschaften	9
4. Die soziale Gesetzgebung	10
5. Die Behandlung der Lohnarbeiterproblematik in der nationalökonomischen Wissenschaft	12
2. Kapitel Das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Lohnarbeiterproblematik	15
I. Die Zivilrechtswissenschaft	15
II. Der Gesetzespositivismus	19
III. Die dienstvertragliche Regelung im BGB	20
IV. Zeichen einer neuen Entwicklung	22
1. Die Kritik an der Rechtswissenschaft und die rechtspolitischen Forderungen Mengers	23
2. Das Arbeiterrecht Stadthagens	24
3. Die Reformvorschläge Fleschs	24
4. Die Aufteilung der Arbeitsverträge nach Loening	27

3. Kapitel Der Arbeitsvertrag nach Lotmar 27

I. Die wissenschaftlichen Arbeiten Lotmars 28

II. Begriff und System des Arbeitsvertrages 29

1. Begriff und rechtliche Einordnung 29
2. Die Abgrenzung innerhalb der gegenseitigen Verträge 30
3. Die Bestimmung der Vertragspflicht "Arbeit" 32
4. Die Vertragspflicht "Entgelt" 33
5. Die Begriffe: Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis, Arbeitgeber und Arbeitnehmer 34
6. Die gesetzlichen Typen des Arbeitsvertrages 35

III. Die Einteilung des Arbeitsvertrages 35

1. Die Grundformen 35
2. Der Zeitlohnvertrag 36
3. Akkord 38
4. Die rechtliche Einordnung der Grundformen 39

IV. Der Tarifvertrag 41

1. Begriff und rechtliche Einordnung des Tarifvertrages 42
2. Der Inhalt des Tarifvertrages 43
3. Die Rechtswirkungen des Tarifvertrages 44

V. Die Grundlagen der Lehre Lotmars 45

1. Die rechtstheoretischen Grundlagen 46
   a) Das Verhältnis von Recht, Gesetz und Rechtsanwendung 46
   b) Die Aufgaben der Rechtswissenschaft 47
   c) Die rechtswissenschaftliche Methode Exkurs: Zusammenstellung der verarbeiteten "außerrechtlichen" Literatur 48
2. Die sozialpolitischen Vorstellungen Lotmars 58
3. Die Gründe Lotmars für die Bearbeitung des Arbeitsvertrages 62

VI. Auseinandersetzung mit der Lehre vom Arbeitsvertrag 64

1. Der Begriff des Arbeitsvertrages 64
2. Die Einordnung des Arbeitsvertrages 66
3. Die Einteilung des Arbeitsvertrages in die Grundformen 66
4. Die Tarifvertragslehre 69

VII. Die Bedeutung Lotmars und seiner Lehre 70

4. Kapitel Der Arbeitsvertrag nach Otto von Gierke 72

I. Die Lehre über den Arbeitsvertrag 73

II. Die historischen Wurzeln des Arbeitsvertrages 74

III. Gierkes Gemeinschaftsordnung und deren Wirkung auf das Recht 75

IV. Auseinandersetzung mit Gierkes Lehre vom Arbeitsvertrag 77

5. Kapitel Die Arbeitsvertragslehre nach dem 1. Weltkrieg 80

I. Grundlagen 80

1. Die arbeitsrechtliche Gesetzgebung 81
2. Die Entstehung der Arbeitsrechtswissenschaft 82

II. Die Entwicklung der Arbeitsvertragslehre 83

1. Die Grundzüge der Entwicklung 84
2. Der Arbeitsvertrag nach Silberschmidt 87
3. Der Arbeitsvertrag nach Richter 90
4. Der Arbeitsvertrag als personenrechtliches Organisationsverhältnis nach Potthoff 92
5. Die Lehre vom Arbeitsvertrag nach Sinzheimer 97
6. Melsbachs Entwurf eines Arbeitsvertrages 100
7. Die Bestimmung der Abhängigkeit durch Hoeniger und Nikisch 102

8. Der Arbeitsvertrag nach Hueck, Nipperdey, Oertmann und Kaskel 105

9. Der Arbeitsvertrag nach dem Entwurf des Arbeitsvertragsgesetzes 109

10. Die Rechtsprechung zum Arbeitsvertragsbegriff 110

11. Der Arbeitsvertrag und die Arbeits- und Betriebsgemeinschaft nach dem RG und RAG 111

6. Kapitel Zusammenfassung der Entwicklung 114

I. Die formale Aufgabenstellung nach dem Kriege 114

II. Die methodischen Akzente 115

III. Der Einfluß gesellschaftspolitischer Anschauungen 117

IV. Die Veränderungen des Sozialmodells 118

V. Das dogmatische Ergebnis 121

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

I. Die Veröffentlichungen Lotmars

Über Causa im Römischen Recht, Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften, München 1875

Zur Legisactio sacramento in rem, München 1876

Kritische Studien in Sachen der Contravindication, München 1878

Vom Rechte, das mit uns geboren ist (Vortrag), Die Gerechtigkeit (Vortrag), Bern 1893

Prinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd.3, 2.A. Erlangen, 1888, Bd.4, 2.A. Erlangen und Leipzig, 1892.

Die Vertheilung der Dosfrüchte nach Auflösung der Ehe, in: Jher.Jb., Bd.33, (1894), S.225ff.

Der Dienstvertrag des zweiten Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in: Arch.f.soz.Ges., Bd.8 (1895), S.1ff.

Der Unmoralische Vertrag, Leipzig 1896

Die Freiheit der Berufswahl, Rektoratsrede vom 4.12.1897, Leipzig 1896

Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, in: Arch.f.soz.Ges., Bd.15 (1900), S.1ff.

Der Arbeitsvertrag, Bd.1, Leipzig 1902

Versuch einer gesetzlichen Regelung des kollektiven Arbeitsvertrages, in: Soziale Praxis XI (1902), S.349ff.

Der Dienstvertrag im künftigen schweizerischen ZGB (Referat), in: Z.schweiz. R., Bd.21 (1902), S.507ff.

Anmerkung zur Unabdingbarkeit der Tarifverträge, in: Gew. u.Kfm.Ger., Bd.10 (1904/05), Sp. 386.

Der Arbeitsvertrag, Bd.2, Leipzig 1908

Die Mai-Aussperrung, in: Gew. u.Kfm.Ger., Bd.13 (1907/08), Sp.225ff.

Die Verrufserklärung vertragsbrüchiger Arbeiter durch den Zechenverband (Gutachten), in: Soziale Praxis, Bd.XVIII (1908), S.107ff.

Zur Geschichte des Interdictum quod legatorum, in: SavZRom, Bd.31 (1910), S.89ff.

Die Litiskontestation im römischen Akkusationsprozeß, in: SchweizZStrafr., 31.Jg., S.251ff.

Marc Aurels Erlaß über die Freilassungsauflage, in: SavZRom, Bd.33 (1912), S.304ff.

Die Idee eines einheitlichen Arbeitsrechts, in: Gew.u.Kfm.Ger., Bd.18 (1912/13), Sp.277ff.

Das neue schweizerische Obligationenrecht und der Arbeitsvertrag, in: Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Bd.17 (1911/12), Sp.145ff.

Ist die Zugehörigkeit zu einem feindlichen Staate ein Entlassungsgrund? Gew. u. Kfm.Ger., Bd.20 (1914/15), Sp.41ff.

Lohnabzug wegen vorzeitiger Aufhebung eines gewerblichen Akkordes (Gutachten), in: Arch.bürg.R-echt, Bd.38 (1913), S.282ff.

Streikbruch und Streikarbeit, in:AR I (1914/15), S.264ff.

Lohnabzüge für Wohlfahrtseinrichtungen, in: Arch.f.soz.Wiss.u.Pol., Bd.XXXVI, S.735ff.

II. Das übrige Schrifttum

Adler, Georg	Arbeitsvertrag und Arbeitsvertragsbruch, in: Wörterbuch der Volkswirtschaft (herausgegeben von Ludwig Elster), Bd.1, 2.A., Jena 1906
Anschütz, Gerhard	Die Verfassung des deutschen Reiches, 14.A., Berlin 1933 (Neuabdruck Bad Homburg vor der Höhe, 1960).
Arndt, L. v. Arnesberg, R.	Lehrbuch der Pandekten, 12.A., Stuttgart 1883
Aubele, R.	Beiträge zur Kritik des Entwurfs eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, in: LZ 1925, Sp.712ff.
Bail	Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Handwerk, Industrie und Handelsgewerbe, Berlin 1912
Baron, J.	Pandekten, 7.A., Leipzig 1890
Baum, Georg	Das Recht des Arbeitsvertrages und die Rechtswissenschaft, in: GewG, Bd.8 (1903), Sp.177ff.
	Der Dienstvertrag der kaufmännischen Angestellten, in: Der Dienstvertrag der Privatangestellten, Bd.1, Jena 1908
	Das Recht des Arbeitsvertrages (10 Vorträge), Leipzig 1911
Boehmer, Gustav	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2.Buch, 1.Abteilung, Tübingen 1951
Böhmert, Viktor	Arbeitslohn, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd.1, 2.A., S.885ff, (herausgegeben von L.Elster, Edg.Loening, J.Conrad u. W.Lexis), Jena 1898
Brakelmann, Günter	Die soziale Frage des 19.Jahrhunderts, Witten 1964
Brentano, Lujo	Die Arbeitergilden der Gegenwart, Bd.1 u.2, Leipzig 1871 und 1872
	Das Arbeitsverhältnis gemäß dem heutigen Recht, Leipzig 1877

Bülow, Oskar	Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885
Buddeberg, Else	Der Betrieb als Kollektivbegriff der modernen Arbeitsverfassung, in: Arbeitsrecht XIII, S.117ff.
Coing, Helmut	Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2.A., Berlin 1969
	Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, in: Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, H.84, Köln und Opladen 1959
Conrad, Hermann	Otto von Gierke, in: Staatslexikon, Bd.3, 6.A., Sp.966ff., Freiburg 1959
Cosack, Konrad	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.1, 7.A., Jena 1922
Crome, Carl	Die partiarischen Rechtsgeschäfte, Freiburg, Leipzig und Tübingen 1897
Dahm, Georg	Deutsches Recht, 2.A., Stuttgart 1963
Dankwardt, H.	Der Arbeitervertrag, in: Jher.Jb., Bd. XIV (1875), S.228ff.
Danz, Erich	Die Entwicklung der Auslegung des BGB, in: Das Recht, Bd.11 (1907), Sp.16ff.
	Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz, in: Jher.Jb., Bd.54, (1909), S.1ff.
Dernburg, Heinrich	Pandekten, Bd.2, 5.A., Berlin 1897
Dersch, Hermann	Betriebsrätegesetz, 6.A., Mannheim, Berlin, Leipzig 1923
	Der Deutsche Juristentag und das Arbeitsrecht, in NZfAR 1921, S.246ff.
Dersch-Hermann, Flatow, Georg-Hueck, Alfred-Nipperdey, Hans Carl	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht, Berlin, Mannheim, Leipzig 1926
Dittenberger, Heinrich	Besprechung des "Arbeitsvertrages", Bd.2 von Lotmar, in: Zivilistische Rundschau, Arch.bürg.Recht, Bd.36, S.356ff.
Dühringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897, Bd.1, 3.A., Mannheim, Berlin, Leipzig 1930 (erl. von Geiler, Hoeniger u. Lehmann)

Ehrlich, Eugen	Grundlegung der Soziologie des Rechts, Leipzig 1913
Elster, Alexander	Arbeitsvertrag, in:Lexikon des Arbeitsrechts, Jena 1910, S.31ff.
	Arbeitsvertragsverletzung, in:Handwörterbuch der Arbeitswissenschaft, Bd.1, Halle 1930, Sp.398ff.
Endemann, W.	Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht, Jena 1896
Engisch, Karl	Einführung in das juristische Denken, 3.A., Stuttgart 1956
	Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1953
Enneccerus, L.-Lehmann, Heinrich	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd.I 2: Schuldverhältnisse, 15.-17.A., Marburg 1922
Esser, Josef	Die Interpretation im Recht, in: Studium Generale 1954, S.372ff.
	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2.A., Tübingen 1964
Fechner, Erich	Rechtsphilosophie, Tübingen 1956
Feig, I.-Sitzler, F.	Betriebsrätegesetz, 13.u.14.A., Berlin 1931
Flesch, Karl	Der Schutz der Arbeitswilligen, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, III. Folge, Bd.19 (1882), S.217ff.
	Die Mengersche Kritik des bürgerlichen Gesetzbuches (Vortrag), in: Berichte des Freien Deutschen Hochstifts, Bd.7 (1891), S.139ff.
	Über den Entwurf eines Gesetzes zum Schutze der gewerblichen Arbeitsverhältnisse, in: DJZ 1899, S.453ff.
	Zur Kritik des Arbeitsvertrages, Jena 1901
	Die Tragödie des Arbeitsvertrages, Süddeutsche Monatshefte 1905, S.239ff.
	Das geltende Recht und das Arbeitsverhältnis, in: Soziale Praxis XIX (1910), S.449ff.

	Reform des Arbeitsrechts, Berlin 1910
Fraenkel, E.	Kollektive Demokratie, abgedruckt in: Arbeitsrecht und Politik (herausgegeben von Ramm), Neuwied am Rhein 1966, S.97ff.
Franssen, Everhardt	Positivismus als juristische Strategie, in JZ 1969, S.766ff.
Friedberg, Emil	Pandekten, Leipzig 1861
Fuchs, Ernst	Gerechtigkeitswissenschaft, Karlsruhe 1965 (herausgegeben von Foulkes und Kaufmann)
Gebhardt, Bruno-Holtzen, Robert	Gebhardts Handbuch der Deutschen Geschichte, Bd.2, 7.A., Stuttgart, Berlin, Leipzig 1931
von Gierke, Otto	Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, in: Deutsches Rechtsdenken (Herausgeber: Erik Wolf), Frankfurt 1948
	Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889
	Deutsches Privatrecht, Bd.1, Leipzig 1895, Bd.2, Leipzig 1905, Bd.3, Leipzig 1917
	Dauernde Schuldverhältnisse, in Jher.Jb. Bd.64, 1914, S.355ff.
	Die Wurzeln des Dienstvertrages, in: Festschrift für Heinrich Brunner, München und Leipzig, 1914, S.37ff.
	Recht und Sittlichkeit, in: Logos, Bd. VI (1916/17), S.211ff.
Goldschmidt, J.	Gesetzesdämmerung, in: JW 1924, S.245ff, 343ff.
Gottschalk, Joseph	Kirchengeschichte, 3.A., Bonn 1958
Grau, Walter	Rechtsprechung oder Gesetzgebung zur Anpassung des Privatrechts, in: AcP Bd.122 (1924), S.318ff.
Grebing, Helga	Geschichte der deutschen Arbeiterbewegung, München 1970
Groh, Wilhelm	Deutsches Arbeitsrecht, Breslau 1924

Gurvitsch, Georg	Otto von Gierke als Rechtsphilosoph, in: Logos, Bd.11 (1922/23), S.87ff.
Hachenburg, Max	Dienstvertrag und Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch, Mannheim 1898
Hannover, Heinrich- Hannover-Drück, Elisabeth	Politische Justiz 1918 - 1933, Frankfurt 1966
Haußleiter, Otto	Heinz Potthoff (1875 - 1945) Volkswirt, Sozialpolitiker, Arbeitsrechtler, in: Zeitschrift für Sozialreform 1965, S.429
Heck, Philipp	Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP Bd.112 (1915), S.1ff.
	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
	Das Urteil des RG vom 28.November 1923 über die Aufwertung von Hypotheken und die Grenzen der Richtermacht, in: AcP Bd.122 (1924), S.203ff.
	Das Problem der Rechtsgewinnung, 2.A., Tübingen 1932
	Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932
Hedemann, Justus	Kodifikation des Arbeitsrechts, in: RuW 1922, S.247ff.
Heiber, Helmut	Die Republik von Weimar, München 1966
Henkel, Heinrich	Einführung in die Rechtsphilosophie, München und Berlin 1964
Herkner, He-inrich	Die Arbeiterfrage, Bd.1, 7.A., Berlin und Leipzig 1921, Bd.2, 8.A., Berlin und Leipzig 1922
	Studien zur Fortbildung des Arbeitsverhältnisses, in: Arch.f.soz.Ges.,Bd.4 (1891), S.563ff.
Herschel, W.	Der Lohnanspruch des Arbeitswilligen im Falle eines Teilstreiks, in: AR X (1923) 3 Sp., 681ff.
Herz, Ernst	Der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukt im Arbeitsvertrag, in: Jher.Jb., Bd.74 (1924), S.1ff.
Heyde, Ludwig	Abriß der Sozialpolitik, 5.A., Leipzig 1928

Hoeniger, Heinrich	Besprechung von: Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1921, in: JW 1922, S.563
	Geleitwort zum Jahrbuch des Arbeitsrechts, Mannheim, Berlin, Leipzig 1922
	Arbeitsrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1920
Holdheim, Paul	Der Arbeitsvertrag in seiner systematischen Stellung, in: Z.f.ges.Staatsw. 1874, S.247ff.
Hueck, Alfred	Das Recht des Tarifvertrages, Berlin 1920
	Handbuch des Arbeitsrechts, 1.Buch, Stuttgart 1922
	Juristische Betrachtungen zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, in: RArbB NAT 1924, S.260ff.
	Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, in: Jher.Jb., Bd.74 (1924), S.358ff.
	Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis im neuen Arbeitsvertragsgesetz in: DJZ 1924, Sp. 437ff.
	Anmerkung zum Urteil des RAG vom 2o.6.28, in: JW 1929, S.453ff.
Hueck, Alfred Nipperdey, H.C.	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.1, 1.-5.A., Mannheim, Berlin, Leipzig 1928 u.1931, 6.A., Berlin und Frankfurt 1959, Bd.2, 6.A., Berlin und Frankfurt 1957
Isay, Hermann	Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929
Isele, Helmut Georg	Die Bedeutung Otto von Gierkes für das moderne Arbeitsrecht, in: Festschrift für Maridakis, Bd.2, Athen 1963,S.285ff.
Jacobi, Erwin	Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927
Jadesohn	Das gesamte Arbeitsrecht Deutschlands, Berlin 1923
Kahn-Freund, Otto	Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts, 1931, Der Funktionswechsel des Arbeitsrechts, 1932, in: Arbeitsrecht und Politik (herausgegeben von Ramm), Neuwied am Rhein 1966, S.149ff. u.S.211ff.

Kantorowicz, Hermann (Gnaeus Flavius)	Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906
	Die Rechtswissenschaft - eine kurze Zusammenfassung ihrer Methodologie, 1928, in: Rechtswissenschaft und Soziologie, Karlsruhe 1962
Kaskel, Walter	Aufgabe und Gegenstand des künftigen Arbeitsgesetzbuches, in: DJZ 1919, S.621ff.
	Das neue Arbeitsrecht, Berlin 1921
	Arbeitsrecht, 2.A., Berlin 1925
Kiefner, Hans	Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19.Jahrhundert, in: Philosophie und Rechtswissenschaft, zum Problem ihrer Beziehung im 19.Jahrhundert (herausgegeben von J.Blühdorn und J.Ritter), Frankfurt am Main 1970
Knapp, Ludwig	System der Rechtsphilosophie, Erlangen 1857, Neudruck Aalen 1963
Kohler, J.	Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz, in: Jher.Jb., Bd.25 (1887), S.262ff.
Kreller, Hans	Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, in: AcP, Bd.122 (1924), S.1ff.
Kübler, Friedrich	Kodifikation und Demokratie, in: JZ 1969 S.645ff.
Larenz, Karl	Wegweiser zu richterlichen Rechtsschöpfung, in: Festschrift für A.Nikisch, Tübingen 1958, S.275ff.
	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.A., Berlin, Heidelberg, New York 1969
Lehmann, Heinrich	Die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts, Rektoratsrede vom 12.11.1921, Köln 1922, abgedruckt in: AR IX (1922), Sp.414ff.
Liebknecht, Wilhelm	Der Arbeitsvertrag, Besprechung des Werks von Lotmar, in: Die neue Zeit, Bd.21 (1903), 2.Bd., S.331ff.
Loenig, Edgar	Der Arbeitsvertrag, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd.1, 2.A., (herausgegeben von J.Conrad, W.Lexis, L.Elster, E.Loening), Jena 1898

Loewenfeld, Theodor	Koalitionsrecht und Strafrecht, in: Arch.f.soz.Ges., Bd.14 (1899), S.471ff.
Loewenfeld, Philipp	Die Aufhebung des § 153 der Gewerbeordnung, in: AR VI (1919), S.3ff.
Mann, Golo	Deutsche Geschichte des neunzehnten und zwanzigsten Jahrhunderts, Frankfurt am Main 1962
Marx, Karl	Das Kapital, Bd.1, 6.A. (herausgegeben von Friedrich Engels), Berlin 1955
Matthai, W.	Grundriß des Arbeitsrechts, Mannheim, Berlin, Leipzig 1923
Melsbach, Erich	Das geltende Reichsarbeitsrecht und die Vorarbeiten für die Neuregelung des Arbeitsrechts, in: RArbB NAT 1920,S.845
	Besprechung des Handbuchs des Arbeitsrechts von Hueck, in: RArbB NAT 1922, S.473ff.
	Deutsches Arbeitsrecht, Berlin und Leipzig 1923
	Richtiges Arbeitsrecht, in: JW 1924, S.1001ff.
Menger, Anton	Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, in: Arch.f.soz.Ges., Bd.2 (1889), S.1ff.
	Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft, Wien und Leipzig 1905
Mitteis, Heinrich-Lieberich, Heinz	Deutsche Rechtsgeschichte, 11.A., München und Berlin 1969
Molitor, Erich	Juristische Bemerkungen zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes in: RArbB NAT 1924, S.79ff., 143ff., 201ff.
	Das Wesen des Arbeitsvertrages, Leipzig, Erlangen 1925
	Arbeitnehmer und Betrieb, Marburg 1929
Molitor, Erich-Hueck, Alfred-Riezler, Erwin	Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Mannheim, Berlin und Leipzig 1925

Müller-Erzbach, Rudolf	Rechtsfindung auf realer Grundlage, in: DJZ 1906, S.1235ff.
	Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien, in: Jher.Jb., Bd.53 (1908), S.331ff.
	Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd.2, Berlin und Leipzig 1929, S.161ff.
	Wohin führt die Interessenjurisprudenz? Tübingen 1932
Natorp, Paul	Sozialidealismus, Berlin 1920
Neumann, Franz	Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, 1929, in: Arbeitsrecht und Politik (herausgegeben von Ramm, Neuwied am Rhein 1966, S.113ff.).
Nikisch, Arthur	Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, Berlin 1926
	Die Vereinheitlichung des Arbeitsrechts, in: RArbB NAT 1927, S.30ff.
	Der Anstellungsvertrag, in: Jher.Jb., Bd.80 (1930), S.1ff.
Nipperdey, H.C.	Besprechung von Silberschmidt, Lehrbuch des Arbeitsrechts, in: NZfAR 1923, S.549 und S.451, 1926, S.732.
	Beiträge zum Tarifrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1924
Nussbaum, Arthur	Das Neue Deutsche Wirtschaftsrecht, 2.A., Berlin 1922
Nußbaum, A.	Die Rechtstatsachenordnung, Tübingen 1914
Oertmann, Paul	Volksrecht und Gesetzesrecht, Dresden 1898
	Besprechung von: Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd.1, in: Arch.bürg.Recht, Bd.22 (1903), S.313ff.
	Gesetzeszwang und Richterfreiheit, Leipzig 1909

Oertmann, Paul — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 2.Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 3.u.4.A., Berlin 1910

Die soziologische Rechtsfindung, in: Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1911, S.1ff.

Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923

Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, Leipzig 1931

Oldenburg, Karl — Gerechtigkeit und Kommunismus in der heutigen Volkswirtschaft, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich 1912, S.55ff.

Oppermann, W. — Der Untergang des Bürg-erlichen Gesetzbuches, in: AR (1925) XII, Sp.255

Der Rechtsbegriff des Arbeitsverhältnisses, in: AR (1926) XIII, Sp.29ff.

Die rechtsphilosophischen Grundlagen des heutigen deutschen Arbeitsrechts, Leipzig 1927

Pernice, Alfred — Parerga, Zur Vertragslehre der römischen Juristen, in: SavZ RomA Bd.9 (1888), S.195ff.

Planck — Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2.Bd., 1.u.2.Hälfte, 4.A., Berlin 1928

Potthoff, Heinz — Probleme des Arbeitsrechts, Jena 1912

Grundlagen künftigen Arbeitsrechts, in: AR II (1915), S.177ff.

Das neue Arbeitsrecht, in: AR VI (1919) S.67ff.

Die künftige Arbeitsverfassung, in: AR VI (1919) S.81

Was heißt Volkswirtschaft? Jena 1919

Wörterbuch des Arbeitsrechts, Stuttgart 1920

Die Richtlinien für das künftige Arbeitsrecht, in: AR VIII (1920), S.70ff.

Potthoff, Heinz

Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, Berlin 1922

Das natürliche Rechtssystem der Arbeit, in: AR IX (1922) S.445.

Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis? in: AR IX (1922), S.268

Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, in: RArbB NAT 1922, S.506ff.

Arbeitsverhältnis ohne Arbeitsvertrag, in: AR IX (1922), S.28.

Arbeitsvertrag, Dienstvertrag, Werkvertrag, in: DRZ 1921, S. 11

Arbeitsrecht und Bodenrecht, in: AR X (1923), S.265ff.

Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Teilstreik, in: AR X (1923), S.673ff.

Die sozialen Probleme des Betriebes, in: AR XI (1924), S.65ff.

Die Rechtsgrundlage der Betriebsgemeinschaft, in: AR XI (1924), S.713ff.

Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag, in: RArbB NAT 1925, S.75ff.

Um den Begriff des Arbeitsrechts, in: AR XIII (1926), S.635ff.

Zivilrecht, Arbeitsrecht, Steuerrecht, in: AR XII (1925), S.241ff.

Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, in: AR XII (1925), S.161ff.

Beschränkte Rechtsfähigkeit im Arbeitsrecht, in: LZ 1925, S.1138ff.

Rechtsfortschritt durch Rechtsprechung, in: AR XIII (1926), Sp.105ff.

Zur jüngsten Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts, in: DJZ 1927, Sp.1650ff.

Sozialisierung des Rechts, in: DRZ 1926, S.284ff.

Potthoff, Heinz — Arbeitsrecht, Das Ringen um werdendes Recht, Berlin 1928

Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, und: Die Unabdingbarkeit des Tarifvertrages und der Betriebssatzung, in: Arbeitsrecht und Politik (herausgegeben von Ramm), Neuwied am Rhein 1966, S.1ff. und S.33ff.

Programme der deutschen Sozialdemokratie, Herausgeber: Bundessekretariat der Jungsozialisten, Stuttgart 1963

Puchta, Georg Friedrich — Vorlesungen über das heutige römische Recht, 4.A., Bd.3, Leipzig 1855

Raiser, Ludwig — Vertragsfreiheit heute, in: JZ 1958, S.1ff.

Ramm, Thilo — Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, Karlsruhe 1955

Besprechung von: Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, in: JZ 1968, S.479

Einführung in das Privatrecht/Allgemeiner Teil des BGB, Bd.I, München 1969

Rathenau, Walther — Die neue Wirtschaft, Berlin 1918

Die neue Gesellschaft, Berlin 1919

Der neue Staat, Berlin 1922

Richter, Lutz — Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, Leipzig, Erlangen 1923

Juristische Betrachtungen zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, RArbB NAT 1924, S.230ff.

Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, Berlin 1928

Arbeitsrecht, Berlin 1930

Rosenstock, Eugen — Die philosophischen Grundzüge des Arbeitsrechts, in: JW 1922, S.560

Rümelin, Gustav — Werturteile und Willensentscheidungen, Freiburg 1891

Rümelin, Max — Rudolf von Jhering, Tübingen 1922

Die Rechtssicherheit, Tübingen 1924

Rümelin, Max	Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre, Tübingen 1930
Rumpf, M.	Gesetz und Richter, Berlin 1906
Rüthers, Bernd	Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968
Schaeffer, E.-Herschel,W.-Scherbarth,W.	Arbeitsrecht, Leipzig 1929
Schmidt-Rimpler, Walter	Der Handlungsagent, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, (herausgegeben von Victor Ehrenburg), Bd.5, I.Abt., 1.Hälfte, Leipzig 1926
Schmitt, Carl	Gesetz und Urteil, 2.A., München 1969
Schmoller, Gustav	Die Natur des Arbeitsvertrages und der Kontraktbruch, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd.30 (1874) S.449ff.
	Zur Socialpolitik und Gewerbepolitik, Leipzig 1890, S.64ff.
	Die Gerechtigkeit in der Volkswirtschaft in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, 1881, Heft 1
	Grundriß der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre, 2.Teil, 1.-6.A., München, Leipzig 1904
	Grundriß der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre, 1.Teil, 1.-3.A., München, Leipzig 1900
von Schönberg, G.	Handbuch der politischen Ökonomie, Bd.2, 1. und 2.Hbd., 4.A., Tübingen 1896 und 1898
	Arbeit, Arbeiter, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften (herausgegeben von J.Conrac, W.Lexis, L.Elster und E.Loening), Jena 1898
Schöttler, Wilhelm	Die Arbeiterfrage, in: Die neue Zeit 1922, Bd.1, S.226ff., 255ff.
Schultze, Alfred	Otto von Gierke als Dogmatiker des bürgerlichen Rechts, in: Jher.Jb., Bd.73, (1923), S.185ff.
Sering, M.	Agrar- und Industriestaat, in: Wörterbuch der Volkswirtschaft, Bd.1 (herausgegeben von L.Elster), Jena 1906, S.45ff.

Siefart, H. — Zur Geschichte der Entstehung eines deutschen Arbeitsgesetzbuches, in: NZfAR 1921, S.262ff.

Silberschmidt, W. — Zur Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrages, in: AR (1919) VII, S.70ff.

Die Arbeit als Gegenstand des Arbeitsrechts, in: RArbB NAT 1920, S.704ff.

Der Geltungsbereich des künftigen Arbeitsgesetzbuches, in RuW 1921, S.238ff.

Grundlegung des Arbeitsrechts, in:Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd.XV (1921/22), S.404ff.

Zum Rechtsbegriff des Arbeitsrechts, in: AR X (1923), S.409ff.

Arbeitsverhältnis und Schuldverhältnis, in: JW 1923, S.221ff.

Der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, in: Gew.u.Kfm.Ger., Bd.19 (1924), S.186ff.

Das deutsche Arbeitsrecht, München, Berlin, Leipzig 1926

Die abhängige Arbeit im Lichte der neuesten Forschung, in: LZ 1927, S.286ff.

Das Reichsgericht und der Begriff des Sozialen, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd.2, Leipzig 1929, S.1ff.

Simson, Gerhard — Die Bedeutung des Solidaritätsgedankens für das Arbeitsrecht, in: AR XII (1925), S.417ff.

Sinzheimer, Hugo — Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft, München 1909

Die Fortentwicklung des Arbeitsrechts und die Aufgaben der Rechtslehre: in: Soziale Praxis 1910, Sp.1202ff.u.1233ff.

Ein Rechtssystem der Arbeit, in:Arch. bürg.Recht, Bd.34 (1910), S.291ff.

Über die soziologische und dogmatische Methode in der Arbeitsrechtswissenschaft, in: AR IX (1922), S.187ff.

Ein Arbeitstarifgesetz, München und Leipzig 1916

Sinzheimer, Hugo	Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht, in: AR IX (1922), S.1ff.
	Philipp Lotmar und die deutsche Arbeitsrechtswissenschaft, in: AR IX (1922), S.586ff.
	Anmerkung zum Urteil des KG vom 16.12. 1922, in JW 1923, S.941
	Arbeitsrecht, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaft (herausgegeben von L.Elster, A.Weber u.F.Wietzer), Jena 1923, S.844ff.
	Grundzüge des Arbeitsrechts, 2.A., Jena 1927
Sombart, Werner	Das Proletariat, Frankfurt am Main 1906
	Der moderne Kapitalismus, Bd.2, 2.Hbd., 2.A., München und Leipzig 1919
Stadthagen, Arthur	Das Arbeiterrecht, 3.A., Stuttgart 1900
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd.1, 10.A., (bearbeitet v.H.Könige, F.Bondi, A.Pinner), Berlin und Leipzig 1920
von Staudinger, J.-Nipperdey, H.C.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, Bd.2, Recht der Schuldverhältnisse, 2.Teil, 9.A., München, Berlin, Leipzig 1928
Stier-Somlo, Fritz	Arbeitsvertrag, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd.1 (herausgegeben von Stier-Somlo u.Elster), Berlin und Leipzig 1926, S.289ff.
Stockhausen, Rudolf	Die Abhängigkeit des Arbeitsvertragsrechts, in: AR XI (1924), S.394ff.
Titze, Heinrich	Das Recht des kaufmännischen Personals, Leipzig 1918
Tormin, Walter	Geschichte der deutschen Parteien seit 1848, Berlin, Köln, Mainz 1966
v. Vangerow, Adolph	Lehrbuch der Pandekten, Bd.3., 6.A., Marburg 1856
Vollbrecht, W.	Betriebsverbundenheit der Arbeitnehmer unter sich, mit dem Arbeitgeber oder Berufsverbundenheit der Arbeitnehmer? in: Arbeitsrecht XIII (1926), S.767ff.
v. Wächter, Carl Georg	Pandekten, Bd.2, Leipzig 1881

Weber, Max	Besprechung von Lotmar, Arbeitsvertrag, Bd.1, in: Arch.f.soz.Ges., Bd.17 (1902), S.723
Wieacker, Franz	Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953
	Gesetz und Richterkunst, Karlsruhe 1958
	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.A., Göttingen 1967
	Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution, in: Juristen-Jahrbuch, Bd.9 (1968/69), S.1ff.
Wiedemann, Herbert	Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966
von Wiese, Leopold	Einführung in die Sozialpolitik, 2.A., Leipzig 1921
Wiethölter, Rudolf	Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main, und Hamburg 1968
	Recht, in: Wissenschaft und Gesellschaft, (herausgegeben von Kadelbach), Frankfurt am Main 1967, S.215ff.
Wilhelm, Walter	Zur juristischen Methodenlehre im 19.Jahrhundert, Frankfurt 1958
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 7.A., Bd.1, 7.A., Frankfurt 1891
Wolf, Erik	Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4.A., Tübingen 1963
	Einleitung zu Radbruchs Rechtsphilosophie, 6.A., Stuttgart 1963, S.7ff.
Wolf, Julius	Der Kathedersozialismus und die soziale Frage, Berlin 1899
Wolzendorff, Kurt	Vom deutschen Staat und seinem Recht, Leipzig 1917
Ziegler, Theobald	Die geistigen und sozialen Strömungen Deutschlands im 19. und 20.Jahrhundert bis zum Beginn des Weltkrieges, 7.A., Berlin 1921
Zippelius, Reinhold	Das Wesen des Rechts, München 1965
Zitelmann, Ernst	Lücken im Recht, Leipzig 1903

Abkürzungen

AcP	Archiv für civilistische Praxis
AR	Arbeitsrecht
Arch.bürg.Recht	Archiv für bürgerliches Recht
Arch.f.R.u.WPhil.	Archiv für Rechts- und Wirtschafts-philosophie
Arch.f.öfftl.Recht	Archiv für öffentliches Recht
Arch.f.soz.Ges.	Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik
Arch.f.soz.Wiss.u.Pol.	Archiv für soziale Wissenschaft und Politik
BRG	Betriebsrätegesetz
BS	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, Verlag Bensheimer
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DRZ	Deutsche Richterzeitung
GewG	Gewerbegericht
Gew.u.Kfm.Ger.	Gewerbe- u. Kaufmannsgerichte
GewO	Gewerbeordnung
Jher.Jb.	Iherings Dogmatisches Jahrbuch
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
NZfAR	Neue Zeitschrift für das Arbeitsrecht
RArbB AT	Reichsarbeitsblatt Amtlicher Teil
RArbB NAT	Reichsarbeitsblatt Nichtamtlicher Teil
RuW	Recht und Wirtschaft
SavZ RomA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung
Schriften d.V.f.Socialpol.	Schriften des Vereins für Socialpolitik
Schweiz.Z.Straf.	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Z.f.ges.Staatsw.	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
Z.schweiz.R.	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Einleitung

Die durch die industrielle Revolution im 19.Jahrhundert verursachten gesellschaftlichen Veränderungen riefen in der Rechtswissenschaft dieser Zeit große Schwierigkeiten hervor[1]. Ein Aspekt hiervon ist die Nichtbeachtung der Lohnarbeiterproblematik, eines der beherrschenden gesellschaftlichen Themen des 19.Jahrhunderts, von der Mitte des 19.Jahrhunderts bis zum Ende des Jahrhunderts durch die Zivilrechtswissenschaft. Der Klärung der Ursachen dieses Tatbestandes gilt die Analyse der Arbeitsvertragslehre von ihrem Beginn durch den Romanisten Philipp Lotmar bis zum Ende der Weimarer Republik.
Dabei kann die Darstellung der Entwicklung der Arbeitsvertragslehre in diesem Abschnitt zugleich als Versuch gelten, das Verständnis der modernen Probleme bezüglich der Einordnung des Arbeitsvertrages und der Bestimmung seiner rechtlichen Natur zu erleichtern.

Die zeitliche Begrenzung der Untersuchung vom Anfang des Jahrhunderts bis zum Ende der Weimarer Republik folgt dabei der primären Zielsetzung der Arbeit, wobei diese Einteilung sich insoweit anbietet, als hier eine erste Phase der arbeitsrechtlichen Entwicklung erfaßt wird, während die Lehre in der Zeit des Nationalsozialismus auf Grund der ideologisch bedingten rechtlichen und tatsächlichen Veränderungen eine selbständige Betrachtung erfordert.

---

1 Vgl. Wieacker, Juristen-Jahrbuch Bd.9, 1968/9, S.1 ff.

1. Kapitel Die soziale Frage

I. Die Arbeiterfrage

In der Mitte des 19. Jahrhunderts setzte auch in Deutschland die Industrialisierung ein. Auf der Basis der Erkenntnisse der modernen Naturwissenschaften[1] begann in der Ära des wirtschaftlichen Liberalismus[2] die industrielle Revolution. Ihre Entwicklung wurde durch die Gründung des Deutschen Zollvereins und des Deutschen Reiches, die zu einem einheitlichen Wirtschaftsgebiet führten, entscheidend gefördert. Dabei ergab sich auf Grund des im wesentlichen bereits vollzogenen Wegfalls der ständischen Bindungen und der Aufhebung der Zunftverfassungen und der Grund- und Gutsherrschaft[3] die erforderliche Mobilität des Arbeitsmarktes, dessen Umfang im übrigen durch steigenden Bevölkerungszuwachs noch vergrößert wurde[4].
Unter diesen Umständen wuchs die deutsche Industrie, wenn auch von konjunkturellen Schwankungen betroffen, so stark, daß sie bereits am Ende des Jahrhunderts die am höchsten entwickelte des Kontinents war[5]. Kennzeichen der neuen ökonomischen Entwicklung waren Technisierung, Arbeitsteilung und Massenproduktion.

Für die Arbeitswelt bedeutete dies eine totale Veränderung. Die vorher agrarisch und handwerklich bestimmte Arbeit wurde von der industriellen Fabrikarbeit verdrängt. Um

---

1 Vgl. Brakelmann, Die soziale Frage des 19.J.,1964, S.22f.
2 Herkner, Die Arbeiterfrage, Bd.2, 8.A., 1922, S.127; Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2.Buch, 1.Abt., 1951, S.175ff.
3 v.Schönberg, Handbuch der Pol. Ökonomie, Bd.2,4.A., 1896, S.170ff., 175ff., 567ff., 576ff.; Brakelmann, aaO., S.24f.; Dahm, Deutsches Recht, 2.A., 1963, S.374ff.
4 Grebing, Geschichte der dt. Arbeiterbewegung, 1969, S.20.
5 Sering, Wörterbuch d. Volkswirtschaft, Bd.1, 1906, S.45ff; Herkner, Die Arbeiterfrage, Bd.1, 7.A., 1921, S.1f.; Schmoller, Grundriß der Allgem. Volkswirtschaftslehre, 1.Teil, 1919, S.367ff.

die Zentren der neuen Industrien entstanden städtische Ballungsräume[1].

Für die Arbeiter brachte diese Entwicklung keine Verbesserungen ihrer Lebensmöglichkeiten. Eine Sicherung ihrer Lebensbedingungen war nicht gegeben. Vielmehr wurden sie in heute schon nicht mehr vorstellbarer Weise ausgebeutet. Unter den Bedingungen des freien Arbeitsmarktes standen die Arbeiter, deren Existenz von ihrem Lohn abhing, wehrlos den Unternehmern gegenüber, deren Handeln sich weitgehend nach der Gewinnerzielung ausrichtete.
Hungerlöhne[2], Ausdehnung der Arbeitszeit, Bezahlung nach dem Trucksystem - d.h. Lohn für die Arbeiter in hoch angerechneten Waren -, Frauen- und Kinderarbeit, Arbeitsbedingungen, die die Gesundheit gefährdeten, sittliche Gefährdung am Arbeitsplatz, keine Sicherung im Krankheits- und Unfallsfall, keine Arbeitslosen- und Altersversorgung kennzeichneten die Arbeitsverhältnisse dieser Zeit[3].

II. Der freie Arbeitsvertrag

Voraussetzung für diese Entwicklung war die liberale Rechtsordnung, die beherrscht war vom Grundsatz der Privatautonomie, dem der freie Arbeitsvertrag entsprach[4]. Im Gegensatz zur materialen Vertragsethik des Vernunftrechts, wie sie zum Beispiel bei Grotius und Pufendorf

---

1 Vgl. Brakelmann, aaO., S.35f.
2 Vgl. die statistischen Angaben bei Böhmert, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd.1, 2.A., 1898, S.885.
3 Herkner, aaO., Bd.1, S.20ff. mwN.; Sombart, Das Proletariat, 1906; Der moderne Kapitalismus, 1917, S.730ff.; v.Schönberg, aaO., S.35ff.; Potthoff, Probleme des Arbeitsrechts, 1912, S.52f.; Brakelmann, aaO., S.26; Adler, Wörterbuch der Volkswirtschaft, Bd.1, 1906, S. 123ff.; Schöttler, Die neue Zeit, 1922, Bd.1, S.226; Schönberg, Handwörterbuch der Staatswissenschaft, Bd.1, 2.A., 1998, S.456.
4 Wiethölter, Rechtswissenschaft, 1968, S.180ff.; Ramm, Einführung i.d.Privatrecht, Bd.1, 1969, S.10.

zu finden ist[1], bedeutete die Privatautonomie, daß die Rechtsordnung der Entfaltung der freien Persönlichkeit zu dienen und sie zu sichern hatte, daß also die Rechtsordnung den Freiheitsraum abzugrenzen hatte, "innerhalb dessen freie Verwirklichung der sittlichen Autonomie mit der Freiheit jedes anderen zusammen bestehen könne".[2]

Dieser Grundsatz des Schuldrechts der Pandektenlehre, der auf Savigny zurückgeht, der das Recht auf der formalen Pflicht- und Freiheitsethik Kants gründete[3], ist in die Wissenschaft und später in die Gesetze des 19.Jahrhunderts eingegangen, wie zum Beispiel in die Gewerbeordnung von 1869, die in § 152 bestimmte, daß "die Festsetzung der Verhältnisse zwischen den selbständig Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitern Gegenstand freier Übereinkunft"[4] ist.

Damit war der einzelne Arbeiter darauf angewiesen, mit dem Arbeitgeber seinen Lohn "auszuhandeln", ohne daß das Recht die Möglichkeit bot, eine inhaltliche Kontrolle der Verträge auszuüben. Dabei war es den Arbeitnehmern zugleich verwehrt, durch Zusammenschlüsse ihre Position zu verbessern. Denn das aus dem Mißtrauen des Absolutismus herstammende Verbot der Gesellenvereine blieb auch zur Zeit des Liberalismus aufrechterhalten, da jede Vereinigung als unzulässiger Eingriff in das "laissez faire" der Gesellschaft und als Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung angesehen wurde[5].

---

1 Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.A., 1967, S.311 Anm.33 u. S.295f.; Raiser, JZ 1958, 2; Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4.A., 1963, S.280ff.
2 aaO. S.375 (Wieacker).
3 Kiefner, Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19.J., 1970, insbesondere S.9ff.; Wieacker, aaO. S.352 u.S.375; vgl.a.ders. Das Sozialmodell d.klass.Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, S.5.
4 Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S.545.
5 Brakelmann, aaO., S.99; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.2, 6.A., 1957, S.83.

III. Die soziale Bewegung

Die Industrialisierung mit ihren Folgen veränderte zwangsläufig die gesellschaftliche Struktur. Die wirtschaftlich benachteiligten und politisch unterprivilegierten Arbeiter wurden als neu entstehende Klasse gesellschaftlich isoliert[1]. Die Folge war ihr Bemühen um Beteiligung an der politischen Verantwortung in der Gesellschaft und einen größeren Anteil am Gewinn ihrer Arbeit. Ihre Forderungen wurden als geistige und moralische Herausforderung des Staates und der ihn tragenden Kräfte zum beherrschenden Thema der zweiten Hälfte des 19.Jahrhunderts und zum Prüfstein der bestehenden gesellschaftlichen und staatlichen Ordnung.

1. Die Parteien

Diese Auseinandersetzung wurde auf der Ebene der politischen Parteien vorwiegend von der Partei der Arbeiter selbst, von der Sozialdemokratie geführt[2].

Ihr Einfluß auf die staatlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen kann nicht hoch genug eingeschätzt werden[3]. Von Anfang an stand die Partei dabei unter der Zielsetzung, die den Arbeitern zustehenden politischen Rechte zu erringen, ihnen einen gerechten Lohn zu sichern und ihre Not zu lindern. Jedoch verhinderte die ideologische Entwicklung der Partei die politische Verwirklichung der angestrebten Ziele. Denn mit dem Erfurter Programm von 1869 wurde das von Lassalle inspirierte sozialpolitische Programm, das die Lage der Arbeiter vor allem durch Produktionsgenossenschaften mit Staatshilfe zu bessern such-

---

1 Herkner, aaO., Bd.1, S.4; Wolf, Einleitung zu Radbruchs Rechtsphilosophie, 6.A., 1963, S.2o; Brakelmann, aaO., S.39ff.

2 Vgl. hierzu Gebhardt, Gebhardts Handbuch d.Deutschen Geschichte, Bd.2, 7.A., 1931, S.485ff.; Brakelmann, aaO., S.84ff.; Mann, G., Deutsche Geschichte d.19. u. 2o.J., 1962, S.419ff.; Tormin, Geschichte der deutschen Parteien seit 1948, 1966, S.65ff. u. 116ff.

3 Ziegler, Die g-eist. u. soz. Strömungen Deutschlands im 19. u. 2o.J. bis zum Beginn des Weltkriegs, 7.A., 1921, S.424; Herkner, aaO., Bd.2, S.107f.

te, überwunden[1]. In diesem Programm und verstärkt im Programm von 1875 setzte sich der Einfluß von Marx durch.[2] Zwar wurden im Gothaer Programm 1875 und 1891 auch konkrete sozialpolitische Maßnahmen gefordert, wie z.B. die staatliche Überwachung der Betriebe, die Übernahme der gesamten Arbeiterversicherung durch das Reich, Anerkennung der Gewerkschaften und eine umfassende Arbeiterschutzgesetzgebung[3], doch die programmatische Priorität der ideologisch begründeten klassenkämpferischen Veränderung der gesellschaftlichen und ökonomischen Verhältnisse verhinderte die Kooperation mit den übrigen Parteien, die zur Realisierung der sozialreformerischen Pläne erforderlich gewesen wäre.

Gleichzeitig führten aber Größe und Bedeutung der Arbeiterpartei und ihrer Wahlerfolge dazu, daß die anderen Parteien, soweit ihnen ihre parteipolitischen Anschauungen nicht die Augen vor den sozialen Problemen verschlossen hatten, im Bereich der Sozialpolitik mehr auf die Interessen ihrer anderen gesellschaftlichen Schichten angehörenden Wähler Rücksicht nehmen mußten. So waren die Konservativen durch ihre Anhänger bei den Großgrundbesitzern[4] und die Liberalen vorwiegend durch den Mittelstand festgelegt[5]. Und auch das Zentrum, das neben seiner Anhängerschaft in der Arbeiterschaft Wähler in allen Schichten des Volkes hatte, kalkulierte in der Zeit bis 1877 bei der Durchsetzung sozialer Forderungen die Verfolgung der übrigen Parteianliegen sachlich wie politisch-taktisch mit ein. Doch unter dem Eindruck der sozialde-

---

1 Brakelmann, aaO., S.86f.; Programme der deutschen Sozialdemokratie, 1963, S.27, 38f., 47f; Ziegler, aaO., S.402; Tormin, aaO., S.65,66.
2 Brakelmann, aaO., S.91; Tormin, aaO., S.67f; Programme, aaO., S.69f.
3 Programme, aaO., S.72ff., 76,79; Brakelmann, aaO., S.92ff; Tormin, aaO., S.69 u. 118.
4 Tormin, aaO., S.74.
5 Ziegler, aaO., S.441; Tormin, aaO., S.74; Herkner, aaO., Bd.2, S.181.

mokratischen Wahlerfolge entwickelte sich die Zentrumspartei auf der Grundlage der von Ketteler begründeten Sozialprogrammatik zur engagierten Vertreterin sozialreformerischer Politik[1].
Da aber die Sozialdemokratie wegen ihres Gegensatzes zu Staat und Gesellschaft ihre politischen Möglichkeiten nicht voll nutzen konnte und der politische Einfluß des Zentrums allein nicht groß genug war, hing die Lösung der sozialen Fragen, wenn man von Stöckers Christlich-Sozialer Partei, die keine nennenswerte Bedeutung errang, absieht, von Parteien ab, die den Arbeitern ihrer Herkunft nach fern standen oder aber die Verfolgung der Arbeiterinteressen mit ihren übrigen Zielsetzungen vereinbaren mußten.
In dieser Situation gewannen soziale Strömungen in den Kirchen und in der national-ökonomischen Wissenschaft Bedeutung, da durch ihre ständigen Bemühungen die öffentliche Meinung stark beeinflußt wurde.

2. Die kirchlich-sozialen Bewegungen

Die Sozialbewegungen der Kirchen, die zunächst vornehmlich fürsorglich-karitativ den Arbeitern zu helfen suchten, erhielten später durch ihr sozialpolitisches Engagement erhebliche politische Bedeutung.

So prägte die evangelisch soziale Bewegung neben Wichern, dem Begründer der "Inneren Mission"[2], einem Werk christlich-pietistischer Wohltätigkeit, vor allem sozialpolitische Denker.
Schon Hubers Gedanken zur Genossenschaft ließen die theoretischen Grundlagen der gewerkschaftlichen Bewegung erkennen, die er später selbst formulierte[3]. Todt wies auf

1Herkner, aaO., Bd.2, S.181; Mann, aaO., S.415f; Tormin, aaO., S.74.
2Herkner, aaO., Bd.2, S.111; Brakelmann, aaO.,S.119ff.
3Herkner, aaO., Bd.2, S.113; Brakelmann, aaO., S.143f. (Huber war Historiker und Sozialpolitiker).

die Notwendigkeit staatlicher Interventionen zum Schutze der Lohnarbeiter hin[1] und mit Stöcker ging die Bewegung den, wenn auch erfolglosen, Weg in den parteipolitischen Kampf für Arbeiterschutzgesetze und für die Anerkennung der Arbeiterkoalitionen[2]. Das Forum für die Verbreitung ihrer sozialpolitischen Ideen fand die Bewegung in dem von Todt begründeten Zentralverein für Sozialreform[3] von 1877 und im Evangelisch-Sozialen Kongreß[4] von 1890, der von Stöcker und Naumann beeinflußt war.

Die Sozialarbeit der katholischen Kirche begann mit der Gründung der Gesellenvereine durch Adolf Kolping[5], denen die Bildung der katholischen Arbeitervereine folgte. Aber auch hier wurde bald gesehen, daß die vorwiegend karitative und seelsorgliche Betätigung zur Lösung der sozialen Probleme nicht hinreichend sein konnte. Es war das Werk des Mainzer Erzbischofs von Ketteler, der die Notwendigkeit sozialpolitischer Reformen neben der christlichen Liebestätigkeit erkannte, sie theoretisch begründete und aktiv vertrat. Ebenso wie sein Nachfolger Franz Hitze[6] und die päpstliche Enzyklika Leos XIII. von 1891 Rerum novarum[7] forderte Ketteler die gesetzliche Hilfe des Staates für die Arbeiter und die gesellschaftliche Anerkennung der berufsständischen Vereinigungen. Mit seinen sozialpolitischen Vorstellungen hat Ketteler einen starken Einfluß auf die spätere Sozialpolitik des Zentrums gewonnen.[8]

---

1 Brakelmann, aaO., S.150ff.(Todt w-ar Pastor).
2 Brakelmann, aaO., S.167ff.
3 Brakelmann, aaO., S.159ff.
4 Brakelmann, aaO., S.177ff.
5 Brakelmann, aaO., S.203; Gottschalk, Kirchengeschichte, 3.A., 1958, S.213.
6 Brakelmann, aaO., S.210ff; Grebing, aaO., S.77.
7 Brakelmann, aaO., S.217ff; Gottschalk, aaO., S.216, Grebing, aaO., S.120.
8 Brakelmann, aaO., S.206ff; Gottschalk, aaO., S.214; Grebing, aaO., S.57ff.

3. Die Gewerkschaften

Eine partielle Beseitigung der sozialen Schwierigkeiten wurde entscheidend gefördert durch die gewerkschaftliche Selbsthilfe der Arbeitnehmer, deren Entwicklung hier nur angedeutet werden soll.

Eine Gewerkschaftsbewegung konnte in Deutschland erst entstehen, nachdem 1869 die Verbote und Strafbestimmungen gegen "Verabredungen und Vereinigungen zu gewerblich-sozialen Zwecken" durch § 152 Abs.1 der preußischen Gewerbeordnung (PrGewO) aufgehoben worden waren[1]. Damit erlaubte der Staat den Arbeitnehmern den gewerkschaftlichen Zusammenschluß, er versagte aber gleichzeitig der Koalition seine Machtmittel zur Durchsetzung ihrer Rechte (152 Abs.2 PrGewO) und unterwarf sie bei ihren Aktionen einem hemmenden Sonderrecht (vgl. § 153 PrGewO)[2]. Doch reichte die negative Gewährleistung des Koalitionsrechts für die Entwicklung des sich in drei weltanlichpolitischen Richtungen formierenden Gewerkschaftswesens[3].

Als erste Arbeiterorganisationen entstanden die freien Gewerkschaften zwischen 1866 und 1869 mit dem Allgemeinen Deutschen Arbeiterverband und den Internationalen Gewerksgenossenschaften. Diese Verbände waren sozialistisch ausgerichtet. Sie betrachteten die Auseinandersetzung mit den Unternehmern als eine Form des Klassenkampfes, für den als Kampfmittel auch der Streik befürwortet wurde. Trotzdem beteiligten sie sich - von der Arbeiterpartei mit der Zeit unabhängiger werdend - an der praktischen sozialpolitischen Arbeit[4].

Als Gegengründung zu den sozialistischen Gewerkschaften entstanden 1868 auf Anregung der Liberalen (Fortschrittpartei) die bürgerlichen, nach ihren Begründern benannten,

1 Vgl. Hueck-Nipperdey, aaO., S.84f.
2 von Wiese, Einführung in die Sozialpolitik, 2.A., 1921, S.216ff; Hueck-Nipperdey, aaO., S.84f.
3 Vgl. zur Entwicklung Herkner, aaO., Bd.1, S.147ff., 246ff, 255ff; Hueck-Nipperdey, aaO., S.12[illegible]ff.
4 Vgl. i.e. von Wiese, aaO., S.230ff; Grebing, aaO.,S.230.

Hirsch-Dunkerschen Gewerkvereine, die nach englischem Vorbild auf der Basis freiheitlich-liberaler Prinzipien ihre Hauptaufgabe in der Schaffung von Unterstützungseinrichtungen für die Arbeiter sahen, während sie auf den Streik weitgehend verzichteten und die gemeinsamen Interessen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern betonten[1].
Unterbrochen wurde diese erste Phase der Gewerkschaftsbildung durch das Sozialistengesetz, das mit Ausnahme der Hirsch-Dunkerschen Gewerkvereine auch auf die Arbeiterorganisationen Anwendung fand[2].
Aber schon 1890, als das Gesetz nicht mehr verlängert wurde, bildeten sich die sozialistischen Gewerkschaften neu und organisierten sich in der Generalkommission unter Legien einheitlich[3].
Als dritte Gruppe entstanden seit 1882, auf den katholischen und evangelischen Arbeitervereinen aufbauend, die christlichen Gewerkschaften, die sich seit 1894 interkonfessionell verbanden. Wenn sie auch den revolutionären Klassenkampf ablehnten, strebten sie im übrigen die gleichen sozialen Ziele wie die freien Gewerkschaften an[4].

4. Die soziale Gesetzgebung

Die ersten sozialpolitischen Maßnahmen staatlicherseits gehen auf Preußen zurück, wo auf den berühmten Bericht des Generalleutnants von Horn im Jahre 1828 über den zurückgehenden Erfolg der Aushebungen infolge der Kinderarbeit[5] 1839 nach dilatorischer Behandlung die Beschäftigung von Kindern unter neun Jahren gesetzlich verboten und von Kindern bis 16 Jahren eingeschränkt

---

1 von Wiese, aaO., S.233; Grebing, aaO., S.99.
2 Vgl. Grebing, aaO., S.100.
3 Vgl. Grebing, aaO., S.101.
4 von Wiese, aaO., S.234; Grebing, aaO., S.124ff.
5 Heyde, Abriß der Sozialpolitik, 5.A., 1928, S.23,24; von Wiese, aaO., S.170.

wurde[1]. Daneben ist, abgesehen von einer geringfügigen Verbesserung des Kinderschutzes im Jahre 1853[2], allein die preußische Gewerbeordnung von 1845 zu nennen, die als Neuerung Vorschriften zur Verhütung der Betriebsgefahren einführte[3].
Diese aus patriarchalisch-fürsorglichen Motiven herrührende Gesetzgebung wurde trotz des immer größer werdenden Einflusses der sozialen Bewegung auf die öffentliche Meinung in der Folgezeit kaum verstärkt. So ist nur der Erlaß der Gewerbeordnung von 1869 und ihre Novellierung von 1878 zu nennen. Die Reichsgewerbeordnung übernahm im wesentlichen die Regelungen der preußischen Gewerbeordnung[4]. Bedeutungsvoll war jedoch, wie bereits erwähnt, die Herstellung der Koalitionsfreiheit. Durch die Novellierung der Gewerbeordnung 1878 wurde die obligatorische Gewerbeaufsicht eingeführt, das Truckverbot erweitert und die Anwendung des Fabrikarbeiterschutzes ausgedehnt[5].

Einen entscheidenden Fortschritt in der sozialpolitischen Gesetzgebung brachte erst das Versicherungswerk Bismarcks, das mit den Gesetzen über die Krankenversicherung 1883[6], die Unfallversicherung 1884[7] und die Invaliden- und Altersversicherung 1889[8] Ausdruck der sozialkonservativen Haltung Bismarcks war und den Versuch bedeutete, die Arbeiterschaft an den Staat zu binden[9].

---

1 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.1, 3.-5.A., 1931, S.438.
2 Heyde, aaO., S.28; von Wiese, aaO., S.170.
3 von Wiese, aaO., S.170.
4 Heyde, aaO., S.28.
5 Heyde, aaO., S.28.
6 RGBl. 1883 Nr.9 S.73.
7 RGBl.1884 Nr.19 S.69.
8 RGBl.1889 Nr.13 S.97.
9 Vgl.i.e. Heyde, aaO., S.29ff.; Grebing, aaO., S.75; Mann, aaO., S.439ff.

Mit dem Regierungsantritt Kaiser Wilhelm II. begann dann ein intensiverer Ausbau des Arbeiterschutzes, der sich, wenn auch immer wieder auf Widerstand stoßend, bis 1914 fortsetzte[1]. Mit dem sogenannten Arbeiterschutzgesetz von 1891 wurde im Rahmen einer grundlegenden Umgestaltung des 7.Titels der Reichsgewerbeordnung die Beschränkung der Sonn- und Feiertagsarbeit, verstärkter Schutz gegen Gefahren am Arbeitsplatz, die obligatorische Arbeitsordnung in größeren Betrieben und der Wöchnerinnenschutz eingeführt[2]. Weitere Novellen folgten 1900, 1908 und 1911[3]. 1890 wurden die Gewerbegerichte und 1904 die Kaufmannsgerichte geschaffen[4]. Von größerer Bedeutung w-aren ferner noch das Kinderschutzgesetz von 19o3 und das Hausarbeitsgesetz von 1911[5].

5. Die Behandlung der Lohnarbeiterproblematik in der nationalökonomischen Wissenschaft

Neben Parteien, Gewerkschaften und Kirchen haben auch Nationalökonomen eine hervorragende Stellung in der Auseinandersetzung um die Beseitigung der gesellschaftlichen Schwierigkeiten eingenommen.
Ausgangspunkt der Bestrebungen, den manchesterlichen Liberalismus zugunsten der Arbeiter zu korrigieren[6], war der 1872 gegründete Verein für Socialpolitik[7]. Sein Ziel war es, im Sinne der sozialreformerischen Vorstellungen die gesellschaftlichen Entwicklungen zu beeinflussen[8]. Diese Aufgabenstellung gelang im weiten Umfang, da die von den Mitgliedern des Vereins geleisteten

1 Vgl. zu den Einzelheiten Heyde, aaO., S.34ff.
2 Heyde, aaO., S.36ff.
3 Vgl. zu den Einzelheiten Heyde, aaO., S.45ff., 47ff.
4 Hueck-Nipperdey, aaO., S.13.
5 Hueck-Nipperdey, aaO., S.440.
6 Vgl. zur Entwicklung Ziegler, aaO., S.424ff; Herkner, aaO., Bd.2, S.164ff.; v.Schönberg, Handbuch d-er politischen Ökonomie, Bd.2, 2.Hbd., 4.A., 1898, S.15.
7 Vgl. zu den Einzelheiten Herkner, aaO., Bd.2,S.167.
8 Herkner, aaO., S.162ff.; Grebing, aaO., S.85; Ziegler, aaO., S.425ff.; vgl. a. Wolf, Julius, Der Kathedersozialismus und die soz. Frage, 1899.

wissenschaftlichen Arbeiten erst die Voraussetzungen schufen für die staatlichen Aktivitäten im Bereich der Sozialpolitik[1]. Dabei ist die Bedeutung der genossenschaftlichen Organisationen nach englischem Vorbild zur Verbesserung der Arbeits- und Lohnbedingungen der Arbeiter besonders durch Brentano herausgestellt worden[2], während die Richtung mit Schmoller und Wagner zumindest in gleicher Weise auch die gesetzlichen Interventionen betonte[3]. Hierbei entsprangen die Motive des Vereins einem die Gerechtigkeit verwirklichenden Humanismus[4].

Aber über die Sozialpolitik hinaus ist auch der Arbeitsvertrag von einzelnen Nationalökonomen wissenschaftlich dargestellt worden. Brentano[5], Holdheim[6] und Schmoller[7] haben in ihren Arbeiten erste Grundlagen gelegt, auf die Lotmar und die Lehre nach ihm zurückgreifen konnten. Vor allem wurde von ihnen die Wirklichkeit des "freien" Arbeitsvertrages bei Abschluß und Vollzug dargestellt, so daß die Realität des Arbeitskontraktes in das Bewußtsein der Wissenschaft vordringen konnte[8]. Im übrigen ist der Arbeitsvertrag durch die Nationalökonomen natürlich nicht spezifisch juristisch betrachtet und analysiert worden. Dennoch zeigten sich bei Brentano und Schmoller erste Ansätze, die den Beginn der Entwicklung zum modernen Arbeitsvertrag erkennen ließen.

---

1 Grebing, aaO., S.85; Herkner, aaO., S.159,170.
2 Vgl. Die Arbeitergilden der Gegenwart, Bd.1, 1871, Bd.2, 1872; Das Arbeitsverhältnis gemäß dem heutigen Recht, 1877, S.89ff., 110ff.
3 Vgl. Herkner, aaO., S.174ff.; Schmoller, Z.f.d.ges. Staatsw., Bd.30 (1874) S.449; Loewenfeld, Arch.f.soz. Ges.Bd. 14 S. 471ff.; Holdheim, Z.f.d.ges.Staatsw., Bd.30 (1874) S.247ff.; Herkner, Arch.f.soz.Ges. Bd.4, S.563ff.
4 Vgl. Schmoller, Die Gerechtigkeit in der Volkswirtschaft, Jb.f.Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, 1881, S.19ff.; Oldenburg, Gerechtigkeit und Kommunismus in der heutigen Volkswirtschaft, in: Jb. f.Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, 1912, S.55ff.; Herkner, aaO., Bd.1, S.95; v.Schönberg, aaO., S.3ff.
5 Vgl. Anm. 2.
6 Z.f.d.ges.Staatsw., 1874, Bd.30, S.247ff.
7 Die Natur des Arbeitsvertrages und der Kontraktbruch,1874.
8 Holdheim, aaO., S.248; Schmoller, Z.f.d.ges.Staatsw., aaO.

So wies Brentano, der den Arbeitsvertrag als Kauf bezeichnete, auf die Eigentümlichkeit der "Ware" Arbeitskraft hin. Diese Eigentümlichkeit bestehe in der absolut unlösbaren Verbindung der Arbeit und ihres Verkäufers, d.h. der Verkäufer werde durch den Vertrag in eine Abhängigkeit vom Käufer gebracht, die sich physisch, moralisch und materiell auswirke[1].
Schmollers Begriff und Einteilung des Arbeitsvertrages sind im Grunde ein unbeachtet gebliebener Vorgriff auf die sich später entwickelnde Lehre vom Arbeitsvertrag. Den Arbeitsvertrag definiert er nämlich als einen Vertrag zwischen zwei Personen, "wodurch die eine eine bestimmte Arbeitsleistung oder eine Reihe von Arbeitsleistungen auszuführen, die andere hierfür eine Gegenleistung zu übernehmen verspricht"[2], und unterteilte ihn in Verträge, die auf eine "einzelne kurze" Leistung gerichtet sind, und solche, "deren Grundlage ein dauerndes, die ganze Arbeitskraft des Betreffenden ausschließlich und auf längere Zeit in Anspruch nehmenden Arbeitsverhältnis ist"[3]. Während jene Verträge sich nicht wesentlich von den Verträgen über die Lieferung einer Ware unterschieden, hinge von diesen "Dienstverhältnissen", die als dauernde Arbeitsverhältnisse "eine gewisse Unterordnung des Arbeiters unter die Befehle des Unternehmers" voraussetzten, die Existenz des Arbeiters und seiner Familie ab[4]. Mit dieser Unterscheidung innerhalb der Arbeitsverträge hat Schmoller in etwa die Unterscheidung aufgezeigt, die sich später innerhalb des Dienstvertrages ergeben hat. Auch klingt bei ihm bereits das Kriterium der aus einer gewissen Gehorsamspflicht herrührenden Unterordnung sowie der Begriff des "Dienst"-verhältnisses im Sinne der Anstellung an. Beide Gesichtspunkte haben später bei der begrifflichen Klärung des Arbeitsvertrages eine wichtige Rolle gespielt.

1 Die Arbeitergilden, aaO., Bd.2, S.2ff.; Das Arbeitsverhältnis, aaO., S.182; vgl. a.v.Schönberg,aaO., S.27.
2 Die Natur des Arbeitsvertrages und der Kontraktbruch, 1874, in: "Zur Socialpolitik u.Gewerbepolitik,1890,S.64.
3 aaO., S.64,65.
4 aaO., S.65.

2. Kapitel Das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Lohnarbeiterproblematik

Diesen gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Auseinandersetzungen über die sozialen Probleme der Zeit stand eine Rechtswissenschaft gegenüber, die an den industriellen Entwicklungen und ihren sozialen Folgen keinen oder nur in sehr geringem Umfang Anteil nahm.

I. Die Zivilrechtswissenschaft

Die zivilrechtliche Behandlung des Arbeitsvertrages im 19.Jahrhundert beruhte auf dem Pandektenrecht, dessen quellenmäßige Grundlage das Corpus Iuris Civilis[1] bildete. Das Corpus Iuris Civilis kannte nur die kaum differenzierte und schwach entwickelte Dienstmiete - locatio conductio operarum.[2] Denn in Rom wurden Arbeiten weithin von Sklaven verrichtet, die als Sachen angesehen und als solche vermietet wurden.[3] Infolgedessen war die Bedeutung des Arbeitsvertrages gering. Dementsprechend behandelten auch die Lehrbücher des Pandektenrechts den Arbeitsvertrag nach römischem Vorbild nur als Anhängsel der Sachmiete[4]. Eigenständige monographische Arbeiten über dieses Thema, die modernen Anforderungen entsprochen hätten und besondere arbeitsrechtliche Aspekte erkennen ließen, fehlten erst recht. So sind die Veröffentlichungen von Dankwardt[5], Endemann[6] und Crome[7] die einzigen, die zu nennen sind.

---

1 Vgl. z.B. Boehmer, aaO., 2.Buch, 1.Abt., S.59ff.
2 Pernice, SavZ RomA Bd.9, S.242; Baum, GewG, 1903,Sp.179.
3 Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd.2, 5.A., 1897, S.310.
4 Dernburg, aaO; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 7.A., 1891, S.459; Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd.3, 4.A., 1855, S.232; Wächter, Pandekten, Bd.2, 1881, S.476; Arndts u. Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten, 12.A., 1883, S.589; v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd.3, 6.A., 1856, S.472. Baron, Pandekten, 7.A., 1890, S.505; Friedberg, Pandekten, 1861, S.640.
5 Der Arbeitervertrag, Jher. Jb. Bd.XIV, S.228ff.
6 Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht, 1896.
7 Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897.

Dankwardt faßte unter dem Titel des "Arbeitsvertrages" die gemeinrechtlichen und partikulären Regeln und Lehren zusammen, wobei er auch die sich außerhalb der locatio conductio operarum bildenden Sonder- und Nebenformen des Vertragsbereiches zum Teil mitberücksichtigte[1]. Sein Verdienst liegt darin, als erster sich intensiver mit dem Arbeitsvertrag beschäftigt zu haben.

Endemann gibt in seiner Schrift "Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht" einen historischen Überblick über die rechtliche Gestaltung des Arbeitsvertrages. Von seinen kritischen Schlußanmerkungen zur neugeschaffenen Regelung des BGB ist hier als bedeutsam festzuhalten, daß nach Endemanns Auffassung entgegen der uneinheitlichen Gestaltung des Arbeitsvertrages im BGB und in den Sonderrechten das Recht des Arbeitsvertrages einheitlich von der (volks-)wirtschaftlichen Bedeutung der Arbeit insgesamt ausgehen müsse, d.h. daß die Arbeit als "Anwendung menschlicher Kraft irgendwelcher Art für soziale Zwecke" unabhängig von ihrer Erscheinung, Vergütungsform und der sich aus ihrem Verhältnis ergebenden Abhängigkeit zu erfassen sei[2]. Denn die wirtschaftliche, politische und ethische Bedeutung der Arbeit erfordere die Würdigung der freien Arbeit in ihrer ganzen Tragweite, der nur durch einen umfassenden Begriff des Arbeitsgeschäftes entsprochen werden könne[3]. Damit klingt zum ersten Mal 1896 in der Zivilrechtswissenschaft die besondere Bedeutung der Arbeit und des sie behandelnden Vertrages an.

Cromes Behandlung des Arbeitsvertrages innerhalb der "Partiarischen Rechtsgeschäfte" kann als Versuch gedeu-

1 Vgl. aaO., 232ff., 267ff. und 277ff.
2 aaO., S.89.
3 aaO., S.90.

deutet werden, die divergierenden Interessen von Kapital und Arbeit auszugleichen[1], wobei allerdings der Gesamtrahmen der Arbeit diesem Thema eine Randposition zuwies, so daß eine intensive Auseinandersetzung mit dem Arbeitsvertrag, die einen Fortschritt für die Lehre hätte bringen können, auch bei ihm nicht zu finden ist.

Diesem negativen Gesamtbild der Zivilistik entsprach es, daß noch 1880 das Reichsgericht bei Fragen der nachträglichen Unmöglichkeit die für die Sachmiete geltenden Grundsätze analog auf den Dienstvertrag anwandte, da zwischen der Dienstmiete und Sachmiete eine nahe Verwandtschaft bestehe[2]. Zu Recht weist Wiethölter darauf hin, daß sich in diesen dogmatischen Überlegungen gesellschaftspolitische Bewertungen verraten[3].

Der Grund dafür, daß die Zivilistik sich mit arbeitsrechtlichen Fragen nicht auseinandersetzte, ist im Zusammenhang mit den Schwierigkeiten zu sehen, die die Rechtswissenschaft des 19.Jahrhunderts hatte, der durch die industriellen Revolution veränderten Wirklichkeit gerecht zu werden. Für die Pandektenwissenschaft, deren Gegenstand das allgemeine bürgerliche Recht war, ergab sich hierbei ein eigentümlicher Widerspruch. Einerseits entsprachen ihre Voraussetzungen und Axiome den Forderungen der liberalen Wirtschaftsgesellschaft und andererseits verwehrten ihre Vorstellungen von den Aufgaben der Rechtsordnung und ihr logischer Formalismus jede ausdrückliche Bezugnahme auf die sozialen und wirtschaftlichen Aufgaben des Privatrechts[4].
Den Anforderungen der veränderten wirtschaftlichen Situation konnte die Pandektenwissenschaft genügen, da ihr Rechtsbegriff den Savigny nach Kant formal als Vereinbarungsregel für die möglichste Freiheit eines jeden

---

1 Vgl. i.e. Crome, aaO., S.153ff.; Oppermann, Arbeitsrecht XII Sp.259.
2 RGZ 3, 179 (181).
3 aaO., S.283; vgl. S.3 Anm.4.
4 Wieacker, Juristenjahrbuch Bd.9 (1968/69) S.5ff..

verstand[1], der frühliberalen Überzeugung entsprach, daß die Gerechtigkeit der sozialen Ordnung schon durch die rechtliche Sicherung der freien Entfaltung der sittlichen und wirtschaftlichen Kräfte verbürgt sein würde[2]. Demzufolge boten die Privatautonomie und ihre besonderen Anwendungen: Testierfreiheit, Eigentumsfreiheit und Vereinigungsfreiheit die rechtlich erforderlichen Voraussetzungen für die Entwicklung der industriellen Wirtschaftsgesellschaft und entsprachen damit den ethischen und sozialen Wertvorstellungen dieser Zeit[3].
Dieser Seite des Bezuges der Pandektenwissenschaft zur gesellschaftlichen Wirklichkeit stand andererseits ihre in ihrer Methodik begründete Unfähigkeit entgegen, die soziale und wirtschaftliche Realität der Gesellschaft bewußt zur Kenntnis zu nehmen, da sie es ablehnte, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung in den Dienst moralischer, sozialer und wirtschaftlicher Interessen und Werte zu stellen[4]. Dieser methodische Formalismus folgte aus Kants formalem Begriff der sittlichen Autonomie. Denn wie nach Kant das Recht Freiheitsgrenze bedeutete, so diente nach Savigny das Recht der Verwirklichung der Sittlichkeit, indem es die freie Entfaltung ihrer jedem einzelnen innewohnende Kraft sicherte, nicht aber indem es ihr Gebot vollzog[5]. Diese sittlich begründete Autonomie des Rechts entsprach aber dem System des frühliberalen Verfassungsstaates und des formalen Rechtsst-aates, der durch die Neutralität der rechtsprechenden Gewalt gegenüber öffentlichen, sozialen oder Gruppeninteressen den Entfaltungsraum der bürg-erlichen Gesellschaft gegen die Exekutive sicherstellen wollte[6].

---

1 Kiefner, Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19.J., 1970, S.7ff.; Wieacker, aaO., S.6.
2 Wieacker, aaO., S.6.
3 Wieacker, aaO., S.6,7.
4 Wieacker, Privatrechtsgeschichte, aaO., S.431; Kiefner, aaO., S.18ff., Juristen-Jahrb., aaO., S.8f.; Dahm, aaO., S.129; Mitteis-Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 11.A. 1969, S.252; Wolf, aaO., S.673, 674; Esser, Grundsatz u. Norm, 2.A., 1964, S.29.
5 Kiefner, aaO., S.7ff.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, aaO., S.439; Juristen-Jahrbuch, aaO., S.9.
6 aaO., S.9; Privatrechtsgeschichte, aaO., S.9.

Es ergab sich damit durch das Zusammentreffen dieser beiden Voraussetzungen das Paradoxon, daß die Pandektenwissenschaft, deren Axiome genau der Struktur der Gesellschaft entsprachen, es sich gleichzeitig auf Grund ihres logischen Formalismus zum Prinzip machte, die Beziehung zur gesellschaftlichen Wirklichkeit mit ihren Werten, Interessen und Konflikten bewußt auszublenden. Sie ermöglichte es damit, daß auf Grund der formalen Chancengleichheit bei ungleichen Startbedingungen sich soziale und wirtschaftliche Ungerechtigkeiten entwickelten und daß diese Tatbestände auf Grund des methodischen Ansatzes der Rechtswissenschaft nicht zum Gegenstand der Wissenschaft wurden[1].

II. Der Gesetzespositivismus

Diese Lebensfremdheit des Rechts änderte sich auch nicht, als die nationalstaatlichen Kodifikationen geschaffen wurden. Auf Grund der Bindung des Richters an das Gesetz wurde mit der Übernahme der pandektistischen Methoden und Postulate, wie der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung und ihrer Systematik, der rechtswissenschaftliche Positivismus durch den Gesetzespositivismus ersetzt. Aber während die Pandektenwissenschaft mit den rechtsethischen und moralischen Bedingungen des Rechts fest verbunden blieb, weil der Gedanke, daß die logisch richtige Entscheidung auch der Gerechtigkeit entsprach, letztlich auf ihrer Verknüpfung zur idealistischen Philosophie beruhte[2], begann in der zweiten Hälfte des 19.Jahrhunderts unter dem Einfluß des positivistischen Wissen-

1 Privatrechtsgeschichte, aaO., S.442.
2 Dahm, aaO., S.129.

schaftsbegriffs[1] auch im Bereich der Rechtswissenschaft[2] eine naturalistische Rechtsbetrachtung, die jede metajuristische Verankerung des Rechts zerstörte und das Recht allein der Omnipotenz des Gesetzgebers anheimstellte[3].
Damit blieb der Rechtswissenschaft nur die systematische Bearbeitung und Anwendung des positiven Rechts, während der Weg für eine schöpferische Rechtsfortbildung, durch die das Recht den veränderten Gegebenheiten Rechnung tragen konnte, abgeschnitten war. Recht und Rechtswissenschaft waren darauf angewiesen, daß der Gesetzgeber die Probleme aller gesellschaftlichen Gruppen den Forderungen der Gerechtigkeit gemäß berücksichtigte, auch der Gruppen, die an der Bildung der Gesetze nicht beteiligt waren.
Da dies aber nicht überall geschah, wurden Gesetze, Rechtsprechung und Wissenschaft auf Grund ihrer rechtstheoretischen Beschränkung auf das positive Gesetz "ein Werkzeug der Aufrechterhaltung gesellschaftlichen Unrechts", indem die Wandlungen und Entwicklungen der Wirtschaftsgesellschaft nicht aufgefangen wurden[4].

III. Die dienstvertragliche Regelung im BGB

Das Verhältnis des Zivilrechts und seiner Wissenschaft zum Arbeitsvertrag wurde auch nicht durch das 1896 geschaffene BGB, das am 1.Januar 1900 in Kraft trat, grundlegend verändert[5].
Unter Ausschluß der Vertreter des vierten Standes[6] hatte sich die bürg - erliche Gesellschaft in der Zeit der sozialen Kämpfe und Entwicklungen ein privatrechtliches Ge-

1 Vgl. Wolf, Einleitung zu Radbruch, aaO., S.18,19; Larenz, aaO., S.36ff.
2 Wieacker, aaO., S.449; Larenz, Methodenlehre in der Rechtswissenschaft, 2.A., 1969, S.36ff.; vgl. a.Dahm, aaO., S.124ff.
3 Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, S.389f; Boehmer, aaO., S.123f.
4 Wieacker, aaO., S.442.
5 Vgl. zur Entstehung:Wieacker, aaO., S.468.
6 Stadthagen, Das Arbeiterrecht, 3.A., 1900, S.8.

setzbuch gegeben, in dem von der "abhängigen" Arbeit nicht die Rede ist. Es war das Werk einer streng pandektenwissenschaftlich gesonnenen Ministerialbürokratie, das von der Volksvertretung fast ohne Modifikationen angenommen wurde[1]. Eine der wichtigsten gesellschaftlichen Fragen wurde so mit 20 Vorschriften über den Dienstvertrag geregelt, indem man auf die Schaffung eines einheitlichen Arbeitsvertragsrechts - ein entsprechender Antrag wurde bei den Beratungen abgelehnt[2] - verzichtete und die Regelung der Hauptprobleme in den Sondergesetzen beließ[3]. Dabei bedeutete die Gesetz gewordene Fassung noch ein Fortschritt gegenüber den acht Vorschriften des ersten Entwurfs, der erst unter der massiven Kritik insbesondere Gierkes und Mengers[4] revidiert wurde. Kennzeichen des Dienstvertrages blieb deshalb die freie Gestaltung des Arbeitsverhältnisses durch die Parteien, Arbeit war weiterhin Gegenstand privatautonomer Vereinbarung[5]. Hieran änderten im wesentlichen auch nichts die sozialreformerischen Erweiterungen der §§ 616ff. BGB, die durch den zweiten Entwurf in das Gesetz gelangt sind, wenngleich sich damit auch wenigstens im BGB, wie schon längst in den Sonderrechten, die besondere Berücksichtigung des Vertrages über "abhängige" Arbeit als des eigentlichen Arbeitsvertrages andeutete. Doch demonstriert der weitere Geltungsbereich dieser Vorschriften deutlich, wie wenig die Besonderheiten des abhängigen Arbeitsvertrages gesehen worden waren.

Diese Konzeption des Dienstvertrages, die die soziale Problematik aus dem neu geschaffenen Gesetz ausklammerte, entsprach den geistigen Bedingungen der Gesellschaft, die

---

1 Kübler, JZ 1969, 646; Wieacker, aaO., S.473.
2 Stadthagen, aaO., S.8ff.
3 Vgl. die Aufzählung bei Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd.1, 1902, S.264ff.
4 Gierke, v., Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs u. das deutsche Recht, 1899; Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Arch.f.soz.Ges. u.Stat.Jg.2 (1889) S.1ff.
5 Vgl. Wiethölter, aaO., S.282.

das Gesetz geschaffen hatte. Denn Privatautonomie, Eigentumsfreiheit und Testierfreiheit entsprachen den wirtschaftlichen Interessen des Bürgertums, da für das kapitalstarke Unternehmertum, aber darüberhinaus für das gesamte Bürgertum, das die Gesellschaft repräsentierte, die Wettbewerbsfreiheit bei gleichzeitiger formaler Rechtsgleichheit eine Vorgabe bedeutete, die den begünstigten gesellschaftlichen Schichten die Möglichkeit gab, sich auf Kosten der anderen gesellschaftlichen Gruppen zu behaupten[1].
Diesem Bild der Gesellschaft, die von der Fiktion der Gleichheit und Freiheit in einer ständelosen und klassenlosen Gesellschaft ausging[2], entsprach es, daß der Gesetzgeber keine sozialen Verpflichtungen sah, sondern nur eine aus ethisch-liberalen Motiven herrührende Kontrolle des rechtsgeschäftlichen Verkehrs kannte, wie sie in den Limitierungen der §§ 134, 138, 157, 242, 826 BGB zu finden ist[3]. Ebenso bedeuteten die §§ 616ff. BGB innerhalb des Dienstvertrages nur Konkretisierungen patriarchalischer Fürsorge, die angesichts des Bismarckschen Versicherungswerkes an Ansehen verlieren[4].

Beide Beschränkungen konnten aber das Bild des liberalen und konservativen Gesetzes, das das Bürgertum geschaffen hatte und dessen Interessen es diente, nicht korrigieren[5].

IV. Zeichen einer neuen Entwicklung

Gegen Ende des Jahrhunderts erschienen die ersten bezeichnenderweise durch praktische Tätigkeit, beziehungs-

1 Wiethölter, Wissenschaft und Gesellschaft, 1967, S.232, 233; Wieacker, aaO., S.442, 478f. und Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, aaO., S.1of.; Ramm, aaO., S. G 39.
2 Vgl. Wiethölter, aaO., S.232.
3 Wieacker, Privatrechtsgeschichte, aaO., S.480,481 und Das Sozialmodell ..., aaO., S.17.
4 Wieacker, Privatrechtsgeschichte, aaO., S.481 und Das Sozialmodell.., aaO., S.17ff.
5 Ramm, aaO., S. G 11; Wiethölter, aaO., S.232.

weise durch die Kritik zum ersten Entwurf des BGB angeregten und motivierten rechtswissenschaftlichen Arbeiten, die sich im Zusammenhang mit den sozialen Problemen um den Arbeitsvertrag bemühten.

1. Die Kritik an der Rechtswissenschaft und die rechtspolitischen Forderungen Mengers

Wie Gierke, auf den später eingegangen wird[1], ist der Wiener Sozialist[2] Menger mit seiner berühmten Kampfschrift "Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen"[3], in der vor allem auch seine rechtspolitischen Vorstellungen über den Arbeitsvertrag enthalten sind, dem ersten Entwurf des BGB entgegengetreten. Als Sprecher der "Besitzlosen"[4] klagte Menger die Rechtswissenschaft, insbesondere die historische Schule, an, die Bedeutung der sozialen Problematik verkannt und Gesetze, die die sozialen Mißstände ermöglichten, legitimiert zu haben[5]. Die Gesetze seien insoweit nur Produkte der begünstigten Volkskreise, während die Veränderungen der Machtverhältnisse durch das Erstarken der Arbeiterklasse eine Berücksichtigung auch der Besitzlosen verlange[6].
Menger forderte deshalb, daß die Rechtsordnung den Inhalt der Dienstverhältnisse, bei denen die "mechanische Arbeit" dominiert[7], reglementiere, um die Lohnarbeiter, die mit ihrer ganzen Persönlichkeit der Herrschaft des Unternehmers ausgeliefert seien[8], vor der Gewalt des Arbeitgebers zu schützen[9].

---

1 Vgl. unten S. 72ff.
2 Vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, aaO., S.457.
3 Vgl. S.21 Anm. 4.
4 aaO., S.2.
5 aaO., S.5ff., 10,13; vgl. auch seine Schrift: Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft, 1905.
6 Die sozialen Aufgaben,.., aaO., S.21; Das bürgerliche Recht u.d. besitzlosen Volksklassen, aaO., S.9,161.
7 aaO., S.163,164.
8 aaO., S.153ff.
9 aaO., S.151,164,165.

2. Das Arbeiterrecht Stadthagens

Das "Arbeiterrecht" von Stadthagen[1], eines unermüdlichen sozialdemokratischen Reichstagsabgeordneten[2], der als Parlamentarier aus eigener Anschauung wußte, daß der Zustand des Arbeiterechts nur auf den Mangel der Arbeiter an politischer Macht zurückzuführen ist[3], brachte zum erstenmal eine unverdient wenig beachtete zusammenstellende Übersicht der wichtigsten arbeitsrechtlichen Vorschriften.
Seine knappen Andeutungen über eine Verbesserung des Arbeitsvertrages gingen von der Notwendigkeit aus, die "kapitalistische Produktionsweise" bei der rechtlichen Gestaltung des Arbeitsvertrages besonders zu berücksichtigen. Als kapitalistische Produktionsweise bezeichnete er den Vorgang, der darin bestehe, daß der Arbeiter seine Arbeitskraft als "Ware" für den wirtschaftlichen Betrieb eines anderen verwende und sich damit selbst zum Glied dieses Erwerbsgeschäftes mache. Dem Arbeiter bleibe dabei nur die Wahl, zu hungern oder seine Arbeitskraft unter Preis zu "verkaufen". Diesem Zustand müsse das Recht des Arbeitsvertrages entgegenwirken[4].

3. Die Reformvorschläge Fleschs

Mehr Bedeutung und Beachtung hat der Frankfurter Stadtrat und langjährige Gewerbegerichtsvorsitzende Karl Flesch gefunden. Schon früh engagierte er sich für die soziale Sache und trat mit zahlreichen Publikationen, vor allem im Gewerbegericht[5], dessen Mitherausgeber er selbst war, an die Öffentlichkeit. Seine vornehmlich rechtspolitischen

1 3.A., 1900.
2 Vgl. Hedemann RuW 1922, S.248.
3 Stadthagen, Arbeiterrecht, aaO., S.8f.
4 aaO., S.9f.
5 Das Gewerbegericht, Monatsschrift des Verbandes deutscher Gewerbegerichte, herausgegeben von J.Jastrow, K.Flesch, 1.Jahrgang 1896.

Betrachtungen haben einen nicht zu unterschätzenden Einfluß auf die spätere Entwicklung ausgeübt.

Fleschs Überlegungen begannen mit der Feststellung des Versagens der Rechtswissenschaft in der sozialen Frage. Er sah deshalb das BGB nur als die notwendige Folge einer mangelnden Rechtserkenntnis an[1].
An die Spitze seiner eigenen Arbeiten stellte er eine Analyse des Arbeitsvertrages, d.h. des Dienstvertrages und der ihn ergänzenden sondergesetzlichen Regelungen. Dabei kam er zu dem Ergebnis, daß das geltende Recht zwar den Interessen der Unternehmer und der Gesellschaft im ganzen genüge, daß es aber nicht den berechtigten Ansprüchen der Arbeiter gerecht werden könne. Die Unternehmer würden nämlich durch die immer gegebene, an keine Voraussetzungen gebundene Möglichkeit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses in die Lage versetzt, jeder betriebswirtschaftlichen Situation Rechnung tragen zu können[2]. Ebenso leiste das Arbeitsvertragsrecht die volkswirtschaftlich erforderliche Organisation der Arbeit[3]. Nur den Arbeitern könne dies Recht nicht einmal eine Existenzmöglichkeit verschaffen, da sie besonders im Großbetrieb dem Gesetz des Wettbewerbs in Lohn- und Arbeitszeitfragen unterworfen seien, so daß für die Arbeiter keine Möglichkeit bestehe, Löhne zu erzielen, die ihre individuellen Bedürfnisse befriedigen könnten[4]. Darüber hinaus ergebe sich durch die jeder Zeit mögliche Kündigung ein Instrument, durch das die Arbeitgeber die Arbeiter einseitig beherrschen könnten[5]. Hierdurch werde das Arbeitsverhältnis zum Gewaltverhältnis, einen Begriff aus dem römischen Recht, den Flesch bei Windscheid entlehnte[6] und mit dem er die totale, auch private Unter-

---

1 Zur Kritik des Arbeitsvertrages, 1901, S.2f.; vgl. auch: Soziale Praxis 1910, S.451 und Süddeutsche Monatshefte 1905, S.239ff.
2 Zur Kritik des Arbeitsvertrages, aaO., S.5f.
3 aaO., S.1,3ff.
4 aaO., S.9ff.
5 aaO., S.3ff.; Reform des Arbeitsrechts,1910,S.8,9.
6 Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, Bd.1,7.A.,1891,§ 39.

ordnung und damit die Aufgabe des Freiheitsanspruches des Arbeitnehmers andeuten wollte[1].
Um diese einseitige Unterdrückung der Arbeitnehmer zu be-e-nden, also das Arbeitsverhältnis als "Gewaltverhältnis" in ein "Rechtsverhältnis" zu verwandeln[2], forderte Flesch die Fortbildung des Arbeitsrechts, die sich jedoch nicht allein auf das Privatrecht erstrecken dürfe[3]. Sein rechtspolitisches Programm umfaßte daher neben der weiteren Ausgestaltung des privatrechtlichen Arbeitsvertrages, insbesondere des Kündigungsrechts[4], die Legalisierung des Tarifvertrages und des Koalitionsrechts[5], eine Erweiterung der Fürsorgemaßnahmen für die Arbeiter[6] und einen Ausbau des Arbeiterschutzrechts, das die Situation der Arbeiter am Arbeitsplatz verbessern sollte[7].

Diese Arbeiten Fleschs hatten für die Arbeitsvertragslehre einen nicht unbeträchtlichen Wert, da hier zum erstenmal - im Gegensatz zur rechtspolitischen Abstinenz der gesetzespositivistischen Wissenschaft - die rechtlichen Regelungen auf der Basis der Rechtswirklichkeit und Rechtspraxis interessengemäß untersucht und auf Grund der erzielten Ergebnisse rechtspolitische Anregungen formuliert wurden, deren Bedeutung sich daraus ergab, daß Flesch bei seinen rechtlichen Betrachtungen und rechtspolitischen Vorschlägen sowohl die gesamtwirtschaftlichen Zusammenhänge als auch die Interessen beider Vertragsparteien berücksichtigte und miteinander in Einklang zu bringen suchte.

---

1 aaO., S.9; DJZ 1899, 453; Soziale Praxis 1910,451; Conrads Jahrbücher, 3.Folge, Bd.19, S.218; Zur Kritik des Arbeitsvertrages, aaO., S.26.
2 Soziale Praxis 1910, 451; Reform des Arbeitsrechts, aaO, S.9; Conrads Jahrbücher, aaO., S.218.
3 Berichte des Freien Deutschen Hochstift, Bd.7,1891, S.141; Reform des Arbeitsrechts, aaO., S.15f.
4 aaO., S.18; DJZ 1899, 454f.; Conrads Jahrbücher, aaO., S.218; Zur Kritik des Arbeitsvertrages, aaO., S.19.
5 aaO., S.8ff. u. 27ff.
6 aaO., S.11; Reform des Arbeitsrechts, aaO., S.22ff.
7 Reform des Arbeitsrechts, aaO., S.16ff.; Zur Kritik des Arbeitsvertrages, aaO., 28f.

4. Die Aufteilung der Arbeitsverträge nach Loening

Ein weiterer Hinweis auf die spätere Entwicklung der Arbeitsvertragslehre war auch bereits 1898 in den kurzen Ausführungen Loenings im Handwörterbuch der Staatswissenschaften zu finden[1].
Loening unterschied dort zwischen Arbeitsverträgen, die auf eine "einmalige" Leistung gerichtet sind, und den Verträgen, die dem Dienstverpflichteten eine dauernde Arbeitsleistung abverlangen und bei denen der Arbeitnehmer sein Einkommen allein aus dem Arbeitsvertrag bezieht[2]. Bei dieser Gruppe der Arbeitsverträge gestalte sich das Arbeitsverhältnis für den Arbeitnehmer zum "Abhängigkeits- und Herrschaftsverhältnis". Deshalb habe das Recht bei diesen Rechtsverhältnissen die Aufgabe, die Beschränkung der Freiheit im Arbeitsverhältnis zu verhindern, während bei den Arbeitsverträgen über eine "einmalige" Arbeitsleistung die Vertragsgestaltung ohne rechtliche Beschränkung den Parteien überlassen werden könne[3].

3. Kapitel Der Arbeitsvertrag nach Lotmar

Angesichts dieser wenigen oben dargestellten Arbeiten über die Probleme des Arbeitsvertrages erschien 1902 der erste und 1908 der zweite Band des "Arbeitsvertrages" von Philipp Lotmar. Das Werk löste in der juristischen Fachwelt eine große Überraschung aus und fand weithin Anklang[4]. Im folgenden wird versucht, die Lehre Lotmars vom Arbeitsvertrag, soweit sie vom Thema der Arbeit erfaßt wird, darzustellen. Dabei werden nach einem kurzen

1 2.A., Bd.1, Stichwort "Arbeitsvertrag", S.986.
2 aaO., S.986f.
3 aaO., S.986.
4 Vgl. Sinzheimer, Arbeitsrecht IX, S.59o; Hedemann, RuW 1922, S.249; Dittenberger, Arch.bürg.Recht, Bd.36 (1911), S.356.

Hinweis auf Lotmars übrige Arbeiten im ersten Abschnitt im zweiten bis vierten Abschnitt Begriff, System und Einteilung des Arbeits- und Tarifvertrages aufgezeigt. Darauf folgenden die rechtstheoretischen und sozialpolitischen Grundlagen der Lehre Lotmars sowie eine Untersuchung der Frage, welche Gründe Lotmar bewogen haben, sich mit dem Arbeitsvertrag zu befassen. Den Schlußabschnitt bildet eine einordnende Auseinandersetzung mit der Lehre Lotmars.

I. Die wissenschaftlichen Arbeiten Lotmars

Lotmar hat in München als Privatdozent und in Bern als Professor römisches Recht gelehrt[1]. Seine wissenschaftlichen Arbeiten, die mit insgesamt 25 Veröffentlichungen[2] einen erheblichen Umfang erreicht haben, waren vor dem Erscheinen des "Arbeitsvertrages" zunächst römischrechtlichen Problemen zugewandt[3]. Nach dem Tode von Alois Brinz 1887 wurde er mit der Bearbeitung der zweiten Auflage des Pandektenlehrbuchs betraut. 1888 vollendete er den dritten Band[4] und 1892 den vierten, als er schon in Bern den Lehrstuhl für römisches Recht inne hatte[5].

In den Arbeiten "Vom Recht, das mit uns geboren ist" 1893[6], "Die Gerechtigkeit" 1893[7], "Der unmoralische Vertrag" 1896, und "Die Freiheit der Berufswahl", 1897[8], deutete sich durch die Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Tatbestände und Probleme Lotmars Hinwendung zum Arbeitsrecht an, die sich mit seiner Stellungnahme zur Regelung

---

1 Vgl. Sinzheimer, Arbeitsrecht IX, S.586.
2 Vgl. das gesonderte Literaturverzeichnis, S.V u. VI.
3 Vgl. S. V.
4 Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd.3, 2.A., 1888.
5 Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd.4, 2.A., 1892.
6 Vortrag 1893.
7 Vortrag 1893.
8 Rektoratsrede vom 4.12.1897.

des Dienstvertrages im zweiten Entwurf des BGB[1] und seiner Arbeit über den Tarifvertrag[2] endgültig offenbarte. Zwischen dem Erscheinen der beiden Bände des "Arbeitsvertrages" und danach veröffentlichte Lotmar dann noch 11 weitere Arbeiten über arbeitsrechtliche Fragen[3].

II. Begriff und System des Arbeitsvertrages

1. Begriff und rechtliche Einordnung

Der Arbeitsvertrag ist nach Lotmar der "gegenseitige obligatorische Vertrag, in welchem die Vertragsschließenden die Leistung von Arbeit durch den einen und die Leistung von Entgelt durch den anderen vereinbaren"[4].

Dabei sind die wesentlichen Bestandteile dieses Vertrages, die hinreichend und notwendig sind, die ihn also konstituieren und zugleich begrenzen, die Vereinbarung von Arbeit und Entgelt. Weitere vertragliche Vereinbarungen sind möglich, aber für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages nicht entscheidend.

Rechtlich einzuordnen ist der Arbeitsvertrag zunächst als ein "vereinbartes" Rechtsgeschäft unter die schuldrechtlichen Konsensualverträge[5]. Arbeitsleistungen, die auf Grund gesetzlicher - öffentlich-rechtlicher wie auch privatrechtlicher - Vorschriften geleistet werden, fallen deshalb nicht unter diesen Begriff[6]. Als zweiseitiges Rechtsgeschäft erfaßt weiter der Arbeitsvertrag nicht die Arbeitsobligationen, die auf einseitigen Ver-

---

1 Arch.f.soz.Ges. 1895, Bd.8, S.1ff.
2 Arch.f.soz.Ges. 1900, Bd.15, S.1ff.
3 Vgl. i.e. das Literaturverzeichnis, S.V u.VI.
4 Der Arbeitsvertrag, aaO., Bd.1, S.32, vgl.a.S.1.
5 aaO., S.32,34.
6 Vgl. aaO., S.33,34.

pflichtungen beruhen[1].

Unter den zweiseitigen Verträgen gehört der Arbeitsvertrag zur Gruppe der gegenseitigen Verträge[2]. Das heißt, von den zweiseitigen Rechtsgeschäften werden die nicht erfaßt, bei denen beide Hauptleistungspflichten nicht im Verhältnis der Gegenseitigkeit stehen, also die Entgeltleistung nicht das Äquivalent der Arbeitsleistung und umgekehrt ist[3], wie z.B. beim Auftrag und der unentgeltlichen Verwahrung[4].

2. Die Abgrenzung innerhalb der gegenseitigen Verträge

Die Kriterien, die der Unterscheidung zu den übrigen gegenseitigen Verträgen zu Grunde liegen, sind die vereinbarten Leistungen von Arbeit und Entgelt.

Hinsichtlich des Kaufvertrages ergibt sich die Abgrenzung daraus, daß Gegenstand des Kaufs nicht Arbeit sein kann. Denn ein vom BGB neben dem Kauf geregelter und mit einem eigenen Namen versehener Vertrag darf nicht als Kaufvertrag betrachtet werden[5]. Ein weiteres Indiz sind die Vorschriften der §§ 445 und 493 BGB. Aus ihnen ist zu erkennen, daß sich der Kaufvertrag auf einen Gegenstand zu beziehen hat, also auf etwas Selbständiges, Abgeschlossenes, etwas das dem Haben, dem Besitz des Menschen unterliegt. Was sich nur als Funktion des Menschen darstellt, kann nicht Kaufgegenstand sein[6].

Auch von der Miete und der Pacht unterscheidet sich der Arbeitsvertrag durch die Leistung der Arbeit.

---

1 aaO., S.33.
2 aaO., S.34.
3 aaO., S.34,35,71,147,148.
4 aaO., S.35.
5 aaO., S.42.
6 aaO., S.42,43.

Während diese Verträge bezwecken, einen Teil des Vermögens dem Vertragspartner zum vorübergehenden Gebrauch zu überlassen, "bleibt" beim Arbeitsvertrag die Arbeit bei dem, der sich verpflichtet hat, sie zu leisten, nur der Erfolg der Arbeit wird von ihm getrennt[1]. Er verspricht eine Tätigkeit, bei jenem wird Vermögen zum Gebrauch gegeben.
Gegenstand der Miete kann deshalb auch nach § 535 BGB nur eine Sache, bei der Pacht nach § 581 BGB nur Sachen und Rechte, aber nicht der Mensch sein[2].

Ebensowenig können die Normen des Miet- und Pachtvertrages auf die Arbeitskraft des Dienstverpflichteten bezogen werden. Denn die Arbeitskraft ist weder eine Sache noch ein Recht. Zudem setzen Miet- wie auch Pachtvertrag voraus, daß der dem Vertragspartner zum Gebrauch übertragene Gegenstand zurückgegeben werden kann und nicht "aufgebraucht" wird, wie es bei der Arbeitskraft der Fall ist.

Von dem nicht geregelten "Gebrauchsüberlassungsvertrag" unterscheidet der Arbeitsvertrag sich ebenfalls dadurch, daß die Arbeitskraft, die allein zum "Gebrauch" überlassen werden könnte, nicht ge-, sondern verbraucht wird[4]. Auch wird die Arbeitskraft nicht dem Vertragsgegner überlassen, sondern bleibt weiter mit dem Dienstverpflichteten verbunden[5]. Allein die Tatsache, daß der Arbeiter teilweise einem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterstellt ist, rechtfertigt es nicht, von einer Gebrauchsüberlassung zu sprechen[6].

Der Gesellschaftsvertrag unterscheidet sich vom Arbeitsvertrag - unabhängig davon, ob der Gesellschaftsvertrag

1 aaO., S.48.
2 aaO., S.49.
3 aaO., S.49,50.
4 aaO., S.50.
5 aaO., S.49.
6 aaO., S.50.

als gegenseitiger Vertrag aufzufassen ist[1] - dadurch, daß die Gesellschafter einen gemeinsamen Zweck verfolgen. Soweit Arbeit geleistet wird, wird diese primär nicht für ein Entgelt, sondern für einen gemeinsamen Zweck erbracht[2].

3. Die Bestimmung der Vertragspflicht "Arbeit"

Arbeit als vertragliche Pflicht des Arbeitnehmers ist "jede Tätigkeit eines Menschen, die ein fremdes Bedürfnis zu befriedigen vermag und für welche erfahrungsgemäß irgendwann oder - wo ein Entgelt geboten wird"[3].
Nicht menschliche Tätigkeiten können somit nicht Gegenstand eines Arbeitsvertrages sein[4].
Vom menschlichen Verhalten überhaupt schließt die Voraussetzung der Tätigkeit reine Duldungen und Unterlassungen aus[5]. Mit den Merkmalen "ein fremdes Bedürfnis befriedigen" und "für welche irgendwann oder -wo ein Entgelt gewährt wird" sollen die Handlungen ausgeschieden werden, die nur das eigene Bedürfnis befriedigen, wie etwa das Essen und Trinken, und die deshalb auch nicht entgolten werden[6].
Ohne Einfluß bleibt dagegen, ob der einzelne seine Tätigkeit als Arbeit auffaßt[7] und ob bei Vertragsschluß auf die Arbeit als solche abgestellt wurde oder nur auf den Erfolg der Arbeit, also die Arbeit als Ergebnis, da auch der Erfolg einer Arbeit nur durch Arbeit hergestellt werden kann[8].
Ebenso ist es für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages gleichgültig, wem die Weisungsbefugnis - Direktion der

---

1 aaO., S.38.
2 aaO., S.39,40.
3 aaO., S.72.
4 aaO., S.73,74.
5 aaO., S.73.
6 aaO., S.74.
7 aaO., S.76f.
8 aaO., S.90,91f.

Arbeit, die sich auf Art, Umfang und Ort der Arbeit sowie Arbeitszeit erstrecken kann, - zusteht[1].
In gleicher Weise ist die Frage, ob der Dienstverpflichtete die Arbeit persönlich zu leisten hat oder sich zur Erfüllung seiner Verpflichtungen eines Verrichtungsgehilfen bedienen darf, und ob der Arbeitgeber der Empfänger der Leistung ist, ohne Bedeutung für das begriffliche Vorliegen des Arbeitsvertrages[2].

Zu diesen positiven Erfordernissen kommen jedoch noch gewisse "negative" Anforderungen an die Arbeit, nämlich die Freiheit von Rechtswidrigkeit und Moralwidrigkeit[3]. Denn nach den §§ 134, 138 BGB ergibt sich die Nichtigkeit einer Vereinbarung von rechtswidrig-er oder moralwidriger Arbeit. Rechtswidrig ist die Arbeit, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, moralwidrig, wenn ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt[4].

4. Die Vertragspflicht "Entgelt"

Das Entgelt ist die andere wesentliche Leistungspflicht aus dem Arbeitsvertrag. Statt Entgelt werden auch die Bezeichnungen Arbeitslohn, Preis, Geld, Provision, Heuer, Fracht u.a.m. gebraucht[5].
Die rechtliche Natur des Entgelts besteht darin, daß es die Gegenleistung ist für die erbrachte Arbeit. Es ist also nicht Schadensersatz oder Aufwendungsersatz für geleistete Arbeit[6].
Die Vergütung muß für den Empfänger eine Vermögenszuwendung sein[7]. Jedoch kann die Art der Vergütung verschieden sein. Am häufigsten ist die Geldentlohnung an-

---

1 aaO., S.93,94f.
2 aaO., S.97-106 u. 106ff.
3 aaO., S.110.
4 Vgl. die Einzelheiten S.112ff.
5 Vgl. des weiteren S.119.
6 aaO., S.135,136,147.
7 aaO., S.153,154.

zutreffen. Andere Vermögenszuwendungen sind beispielsweise: Sachwerte, Nichterhebung eines bestehenden Anspruchs, Arbeitsleistungen u.a.m.[1]. Bei der letzteren Form der Vergütung ist jedoch zu beachten, daß einige gesetzlich geregelte Arbeitsverträge - z.B. Dienst- und Werkvertrag - als Vergütung die Arbeit nicht vorsehen. Die Leistungen, die nicht Geldvergütung sind, werden als Naturalvergütung bezeichnet[2].
Wie bei der Arbeit kann auch die Vereinbarung des Entgelts unwirksam sein, wenn nach § 138 Abs.2 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen die beiden Leistungen in einem auffälligen Mißverhältnis stehen und nach § 138 Abs.1 BGB, wenn die Vereinbarung einer Vergütung für bestimmte Arbeiten gegen die guten Sitten verstößt[3].

5. Die Begriffe: Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis, Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Bei dem Vertrag, der durch die Hauptleistungspflichten Arbeit und Entgelt bestimmt wurde, lag es nahe, die Bezeichnung Arbeitsvertrag zu wählen, obwohl dieser Begriff in der Literatur und den Gesetzen bisher nur für einzelne arbeitsrechtliche Verträge verwandt worden war[4].

Die Parteien des Vertrages werden dabei als Arbeitgeber und Arbeitnehmer bezeichnet, da "Arbeit" als "Arbeitsgelegenheit" zu verstehen ist[5].
Das Arbeitsverhältnis ist das Vertragsverhältnis, das durch den Abschluß eines Arbeitsvertrages unter den Parteien beg-ründet wird[6] und in seinem Bestand nicht davon abhängig ist, daß tatsächlich Arbeit geleistet wird[7].

1 aaO., S.156,157.
2 aaO., S.163.
3 Vgl. die Einzelheiten S.170ff.
4 aaO., S.53ff.
5 aaO., S.60.
6 aaO., S.58.
7 aaO., S.58.

6. Die gesetzlichen Typen des Arbeitsvertrages

Unter diesen Arbeitsvertragsbegriff fallen folgende gesetzlich geregelte Verträge: Dienst-, Werk-, Mäkler-, Eisenbahntransportvertrag, entgeltliche Verwahrung, Arbeitsvertrag mit dem Rechtsanwalt, Arbeitsvertrag nach dem Flößereigesetz, Anstellungsvertrag des Handlungsgehilfen, Lehrvertrag, Agenturvertrag, Kommission, Spedition, Lagergeschäft, Frachtgeschäft, Heuervertrag, Verlagsvertrag, Gewerblicher Arbeitsvertrag, Arbeitsverträge nach dem Binnenschiffahrtsgesetz, Beförderungsvertrag des Auswanderers, Arbeitsverträge mit der Post, Heuervertrag der Seemannsordnung[1].

III. Die Einteilung des Arbeitsvertrages

1. Die Grundformen

Der Arbeitsvertrag wird durch die Grundformen, die aus der unterschiedlichen Beziehung der Primärleistungspflichten aus dem Vertrage zueinander gebildet werden, unterteilt. Diese bauen darauf auf, daß beim Arbeitsvertrag entweder die Entgeltleistung für die Arbeit samt dem mit ihr verbundenen Erfolg versprochen[2] oder die Arbeit entgolten wird, ohne daß der Erfolg, das Arbeitsergebnis, besonders berücksichtigt wird. Das heißt, das Entgelt wird dann versprochen für die Arbeit unter Abzug des ihr begrifflich und real anhaftenden Erfolges, wobei zur Bemessung der Arbeit ein Zeitabschnitt gewählt wird[3]. Wird das Entgelt von einem bestimmten Erfolg abhängig gemacht, so nennt Lotmar diese Art des Arbeitsvertrages einen "Akkord". Wird die andere Form gewählt, liegt ein "Zeitlohnvertrag" vor[4].

1 Vgl. i.e.S.264ff.
2 aaO., S.330,331.
3 aaO., S.331.
4 aaO., S.330ff., 331.

Beide Formen sind unabhängig von den gesetzlichen Arbeitsvertragstypen, da jede bei der Mehrzahl der verschiedenen Arbeitsverträge vorkommen kann[1].

Spielt nun beim Zeitlohnvertrag der Erfolg der Arbeit und beim Akkord die Arbeitszeit für die Vergütung keine Rolle, so bedeutet dies natürlich nicht, daß diese Grössen bei der Kalkulation der Parteien keine Berücksichtigung finden, nur werden sie nicht Bestandteil des Vertrages[2].
Ein Unterschied formeller Natur liegt darin, daß zur Entstehung des Akkordes die Vereinbarung von Arbeit und Entgelt ausreicht, während der Tatbestand des Zeitlohnvertrages es erfordert, daß sich die Parteivereinbarung auch auf die Zeit als Bemessungsfaktor erstrecken muß[3]. Andere Zeitbestimmungen, wie Arbeits-, Vertrags-, Zahlungs- und Kündigungszeit, sind für den Zeitlohnvertrag wie den Akkord möglich, aber nicht erforderlich[4].

Den Akkord und den Zeitlohnvertrag bezeichnet Lotmar als die Grundformen des Arbeitsvertrages, da von diesem Einteilungsprinzip jeder Arbeitsvertrag ergriffen wird und sich aus ihm sowohl erhebliche wirtschaftliche als rechtliche Konsequenzen ergeben[5].

2. Der Zeitlohnvertrag

Dem Tatbestand nach ist der Zeitlohnvertrag der Arbeitsvertrag, bei dem die Vergütung nach Zeit berechnet wird. Angedeutet ist er z.B. beim Dienstvertrag in den §§ 614, 621 und 622 BGB, wenn davon gesprochen wird, daß "die Vergütung nach Zeitabschnitten" oder "nach Tagen, Wochen

---

1 aaO., S.342.
2 aaO., S.336.
3 aaO., S.337.
4 aaO., S.338.
5 aaO., S.337.

oder Monaten" bemessen wird. Das bedeutet genau genommen, daß die Vergütung der Lohn für die Arbeit in dieser Zeit ist, wobei von der Arbeitswirkung abgesehen wird. Dies kommt typischerweise dadurch zum Ausdruck, daß man nur von "Lohn pro Stunde" spricht[1]. So wird das Selbstverständliche weggelassen und nicht die verlaufende Arbeit genannt, sondern nur die Zeit, die sie mißt.

Wenn nun die Vergütung nach dem Verlauf der Arbeit bestimmt wird, so hat der Zeitabschnitt, der durch die Lohnbestimmung festgelegt wird, die Aufgabe eines Maßes. Denn durch ihn wird die Arbeit gemessen. Lotmar bezeichnet deshalb diese Zeitbestimmung als "lohnmessenden Zeitabschnitt"[2]. Er ist nicht identisch mit der Zahlungs-, Arbeits- und Vertragszeit. Er kann aber im Einzelfall mit diesen zusammenfallen.

Die Rechtsfolgen, die sich aus dem Zeitlohnvertrag ergeben, knüpfen an seine spezielle Beziehung von Arbeit und Entgelt an, wobei eigentümlicherweise diese Besonderheit des Zeitlohnvertrages nicht unmittelbar aus dem Gesetz entnommen werden kann. Dies hat seinen Grund darin, daß kein gesetzlich geregelter Arbeitsvertrag allein für die Zeitlohnform vorgesehen ist[3]. Zudem setzt das Gesetz, wenn es vom Zeitlohnvertrag ausgeht, die besondere Art der Lohnbemessung voraus[4].
Die Rechtsfolge des Zeitlohnvertrages besteht darin, daß die Vergütung nach der Zeit der Arbeit berechnet wird, was die Folge hat, daß das Entgelt im Verhältnis zur Länge der Arbeit größer oder kleiner wird, daß also durch Multiplikation oder Division das Lohnergebnis zu ber-echnen ist. Hierbei ist die Lohnbemessung kein Bestandteil des Vertrages, vielmehr allein die Methode der Lohnberechnung, wie sie auf Grund dieser Art des Arbeits-

1 aaO., Bd.2, S. 9.
2 aaO., Bd.2, S.19.
3 aaO., Bd.2, S.37.
4 aaO., Bd.2, S.38.

vertrages zu erfolgen hat.

Daß die Arbeitswirkung nicht berücksichtigt wird, führt dazu, daß der Arbeitgeber, da das Arbeitsergebnis immer sein Motiv bleibt, sich um Regelungen bemühen wird, die geeignet sind, schlechte Leistungen der Arbeitnehmer zu korrigieren: Verschärfung der Aufsicht, Verbesserung der Arbeitsumstände, abgestufte Lohnsätze, Vereinbarung von Kündigungsvorschriften, Erhebung von Schadenersatzansprüchen[1].

3. Akkord

Jeder Arbeitsvertrag ist ein Akkord, wenn in ihm die Bestimmung fehlt, daß die Arbeit nach Zeit bemessen wird. Bei ihm ist dafür die Arbeitswirkung in das Entgeltverhältnis miteinbezogen.
In den gesetzlichen Vorschriften wird der Akkord entweder mittelbar angedeutet, indem die Zeitlohnform ausgeschlossen wird (z.B. § 623 BGB), oder direkt, indem von Stücklohn oder Akkordlohn gesprochen wird. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, daß, wie z.B. beim Werkvertrag, von der Wirkung der Arbeit ausgegangen wird.
Gleichgültig ist für das Vorliegen des Akkordes, ob das Entgelt auf die Arbeit einschließlich des Erfolges gezahlt wird oder der Erfolg herausgestellt wird, da dessen Eintritt immer die Arbeit voraussetzt[2].
Erfolg ist dabei identisch mit Wirkung und Ergebnis der Arbeit[3]. Er bedeutet nur den unmittelbar der Arbeit anhaftenden Effekt, nicht dagegen den Erfolg des Erfolges oder etwa die Qualität der Sache und auch nicht einen mittelbaren Erfolg[4].

---

1 aaO., Bd.2, S.81ff.
2 aaO., Bd.2, S.429.
3 aaO., Bd.2, S.432.
4 aaO., Bd.2, S.432.

Der Akkord wird eingeteilt in den isolierten Akkord und den Serienakkord. Der isolierte Akkord ist ein auf nur einen Leistungserfolg gerichteter Arbeitsvertrag[1]. Beim Serienakkord dagegen besteht die Leistungspflicht im Rahmen eines länger dauernden Arbeitsvertrages in einer Kette von Erfolgen[2]. Bei gleichartigen Einzelerfolgen handelt es sich um einen Stückakkord, bei verschiedenen Erfolgen um einen ungleichartigen Akkord[3].

Die Rechtsfolgen treten beim Akkord genau umgekehrt proportional zum Zeitlohnvertrag ein. Das heißt, Veränderungen des Leistungserfolges berühren das Entgelt, während Schwankungen in der Arbeitszeit sich nur mittelbar auswirken können, wenn die Parteien hierfür zum Beispiel besondere vertragliche Vereinbarungen getroffen haben[4].

4. Die rechtliche Einordnung der Grundformen

"Die rechtliche Stellung" der Grundformen wird bestimmt durch ihr Verhältnis zum Dienst- und Werkvertrag. Die Bedeutung dieser Einordnung liegt darin begründet, daß beiden Verträgen alle Arten von Arbeiten offen stehen und daß sie für verschiedene speziell geregelte Arbeitsverträge subsidiär gelten[5]. In diesen Fällen muß, da die beiden Verträge sich gegenseitig ausschließen, eine Entscheidung getroffen werden, welche Normen anzuwenden sind.

Die Entscheidung dieser Frage kann nicht von den Rechtsfolgen her getroffen werden, da ja gerade die Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschriften des Dienst- oder Werk-

---

1 aaO., Bd.2, S.466.
2 aaO., Bd.2, S.467.
3 aaO., Bd.2, S.553, 554.
4 aaO., Bd.2, S.550ff., 557.
5 aaO., Bd.2, S.821-823.

vertrages gestellt ist[1]. Ebensowenig kann die auf eine besondere Rechtsfolge gerichtete Parteienabsicht ausschlaggebend sein. Denn damit würde die Einordnung des Vertrages nicht vom Gesetz, sondern von den Vertragsparteien getroffen werden[2]. Damit bleibt für die Einordnung der Grundformen die Entscheidung vom Tatbestand aus. Hierbei kann nicht nach der Art der Arbeit und der Vergütung differenziert werden, da in diesen beiden Punkten die beiden Vertragstypen sich nicht unterscheiden.
Eine Unterscheidung kann danach vorgenommen werden, ob die Arbeit als solche oder der Arbeitserfolg ausbedungen ist[3].
Arbeit als solche sind nun Dienste, bei denen vom Erfolg der Arbeit hinsichtlich des Entgelts abgesehen wird. "Wird aber vom Erfolg abgesehen, so bleibt die Arbeit nur als Verlaufendes, als bloße Tätigkeit übrig"[4]. Das heißt, daß Arbeit als solche vereinbart wird, indem die Größe der Arbeit durch ihre Länge bestimmt wird, was nur dadurch geschehen kann, daß ein Zeitlohnvertrag vereinbart wird[5].
Danach verhalten sich die Grundformen zum Dienst- und Werkvertrag wie folgt:

Der Zeitlohnvertrag ist Dienstvertrag. Denn während im Dienstvertragsrecht in den Bestimmungen der §§ 614 S.2, 621 und 622 BGB davon gesprochen wird, den Lohn nach der Zeit zu bemessen, ist das Zeitlohnprinzip im Werkvertragsrecht nicht durchgeführt worden. Diese gesetzliche Nichtberücksichtigung wird durch § 649 BGB bestätigt, da bei der Kündigung des Werkvertrages nicht nur die Zahlung der vereinbarten, sondern auch die durch den Zeitablauf bestimmte Vergütung hätte berücksichtigt werden müssen[6].

---

1 aaO., Bd.2, S.827.
2 aaO., Bd.2, S.828,829.
3 aaO., Bd.2, S.831.
4 aaO., Bd.2, S.870.
5 aaO., Bd.2, S.870.
6 aaO., Bd.2, S.877.

Im Gegensatz zum Zeitlohnvertrag findet auf den Akkordvertrag primär oder subsidiär das Werkvertragsrecht Anwendung[1]. Dies folgt schon daraus, daß für den Werkvertrag die Zeitlohnform ausgeschlossen ist. Jedoch unterfallen die Akkordverträge auch dem Dienstvertragsrecht, wie sich aus § 611 BGB entnehmen läßt, da hier schlechthin von "Diensten" gesprochen wird und nicht von der Arbeit oder Diensten als solchen[2]. Ebenso ist das Entgeltverhältnis nicht auf die Bemessung durch die Zeit allein ausgerichtet[3]. § 623 BGB ist sogar nur für den Dienstvertragsakkord bestimmt[4].

Die Unterscheidung zwischen Akkorden, die dem Werkvertragsrecht unterstehen und denen, die in den Bereich des Dienstvertragsrechts anzusiedeln sind, ist durch eine Analogie zu den reichsgesetzlichen Akkordverträgen, die dem Dienstvertragsrecht zugeschlagen worden sind, zu begründen. Denn das gemeinsame Merkmal der Akkorde, die unter die Anwendung der §§ 611ff. BGB fallen, besteht darin, daß diese Arbeitsverträge von Arbeitnehmern vereinbart werden, die innerhalb eines vom Arbeitgeber betriebenen Geschäftes tätig sind[5]. Daraus folgt, daß alle Akkordverträge, die der Arbeitgeber in seinem Geschäftsbetrieb abgeschlossen hat, nach Dienstvertragsrecht zu behandeln sind, alle anderen nach Werkvertragsrecht[6].

IV. Der Tarifvertrag

Für Lotmar gehört der Tarifvertrag zur Lehre vom Arbeitsvertrag. Dies zeigt sich sowohl in der Stellung des Abschnitts über den Tarifvertrag in seinem Gesamtwerk über den Arbeitsvertrag im ersten Band, als auch in der häufigen

---

1 aaO., Bd.2, S.877.
2 aaO., Bd.2, S.882,883.
3 aaO., Bd.2, S.883.
4 aaO., Bd.2, S.883.
5 aaO., Bd.2, S.902f.
6 aaO., Bd.2, S.903.

Berücksichtigung der Auswirkungen des Tarifvertrages auf den Arbeitsvertrag. Der Grund für diese Einordnung liegt in der von Lotmar vorgenommenen rechtlichen Bestimmung und rechtlichen Würdigung des Tarifvertrages.

1. Begriff und rechtliche Einordnung des Tarifvertrages

Der Tarifvertrag ist nach Lotmar ein Vertrag eines oder mehrerer Arbeitgeber mit einer Gruppe von Arbeitnehmern, der für unter den Kontrahenten künftig abzuschließende Arbeitsverträge die Lohn- und Arbeitsbedingungen festsetzt und noch anderen Inhalt haben kann[1]. Das heißt, das Ziel des Vertrages ist es, den Inhalt künftiger Kontrakte im voraus festzustellen und damit die Vertragsfreiheit nach dem Wie der Kontrahierung zu beschränken. Nicht soll auf Grund des Vertrages später von einer Partei eine Leistung erbracht werden[2].
In seiner rechtlichen Natur ist der Tarifvertrag als privatrechtlicher Vertrag, der den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts untersteht, zu bestimmen[3]. Er ist ein Vertrag sui generis, da er seine rechtlichen Wirkungen nicht ohne weiteres, sondern nur unter der Voraussetzung des Abschlusses eines anderen Vertrages, nämlich eines Arbeitsvertrages, zu äußern vermag[4].
Die Abgrenzung zum übrigen System des Schuldrechts nimmt Lotmar wie folgt vor:
Der Tarifvertrag ist zunächst kein Arbeitsvertrag, da seine Parteien sich nicht die Leistung von Arbeit und Entgelt versprechen. Sein Zweck ist vielmehr die Beherrschung und inhaltliche Ausgestaltung von Arbeitsverträgen[5].

---

1 Der Tarifvertrag zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, in: Arch.f.soz.Ges., Bd.15 (1900), S.29.
2 Der Arbeitsvertrag, aaO., Bd.1, S.755.
3 Arch.f.soz.Ges., Bd.15, S.89,90.
4 aaO., S.89,90.
5 Der Arbeitsvertrag, aaO., Bd.1, S.768.

Er ist auch kein Vorvertrag zu einem Arbeitsvertrag. Denn die Parteien des Tarifvertrages versprechen nicht miteinander Arbeitsverträge zu schließen, sondern sie stellen die Lohn- und Arbeitsbedingungen fest, die für künftige Arbeitsverträge gelten sollen[1].

Der Tarifvertrag ist ebenfalls kein Vergleich im Sinne des BGB, da - abgesehen davon, daß der Weg des gegenseitigen Nachgebens beim Tarifvertrag nicht notwendigerweise beschritten werden muß - durch den Tarifvertrag nicht der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird[2].

2. Der Inhalt des Tarifvertrages

Lotmar erfaßt den Inhalt des Tarifvertrages wie folgt:
Er unterscheidet Bestimmungen des Tarifvertrages, die sich auf den Lohn, auf die Arbeitszeit, auf den Arbeitsprozeß, auf die Eingehung, Einhaltung und Aufhebung des Arbeitsvertrages, auf das außerdienstliche Verhalten der Arbeitnehmer und auf den Tarifvertrag selbst beziehen[3]. Hierbei differenziert er bei den Bestimmungen hinsichtlich des Arbeitslohnes weiter in Bezug auf die Form des Lohnes, auf Geld- und Naturallohn, den Ort und die Zeit der Lohnzahlung[4].
Systematisch gliedert Lotmar die Tarifvertragsbestimmungen in drei Gruppen:
Die transitorischen Bestimmungen beziehen sich auf feindselige Akte, die anläßlich der durch den Tarifvertrag aufzuhebenden Differenzen von den Parteien gegeneinander unternommen worden sind[5]. Es sind dies Vereinbarungen über die Aufnahme der Arbeit oder die Aufhebung von Sperre und Boykott beispielsweise. Sie sind ohne rechtlichen Einfluß auf den Inhalt des Arbeitsvertrages und nicht

---

1 a.a.O., S.769.
2 a.a.O., S.770.
3 Vgl. i.e. Arch.f.soz.Ges., Bd.15, S.14ff.
4 a.a.O., S.14f.
5 Der Arbeitsvertrag, a.a.O., Bd.1, S.760,761.

charakteristisch und wesentlich für den Tarifvertrag[1].
Die zweite Gruppe sind Bestimmungen, die den Tarifvertrag selbst betreffen. Sie regeln z.B. Beginn und Ende der Wirksamkeit des Vertrages. Sie können Regelungen vorsehen für die Auslegung, Ausbreitung, Durchführung und Verbesserung des Tarifvertrages[2]. Diese Bestimmungen sind für den Tarifvertrag zwar eigentümlich, aber auch nicht wesentlich[3].
Die wichtigste Gruppe wird von den Bestimmungen gebildet, die sich auf das Arbeitsverhältnis beziehen, die also unmittelbar das Arbeitsverhältnis regeln und bestimmen. Sie bilden die wesentlichen Bestandteile des Tarifvertrages[4].

3. Die Rechtswirkungen des Tarifvertrages

Die Rechtswirkungen des Tarifvertrages, die aus dem gemeinsamen Willen der Vertragsparteien resultieren, bestimmt Lotmar, nachdem er die faktischen Wirkungen, die die Vertragsparteien durch den Abschluß des Vertrages erreichen wollen, fixiert hat.
Zweck des Vertrages ist es zunächst, den Abschluß von Arbeitsverträgen zu erleichtern[5]. Daneben sollen durch die Angleichung der Arbeitsverhältnisse die Nachteile der Konkurrenz der Arbeitnehmer untereinander verhindert und den Arbeitsverhältnissen selbst eine gewisse Stetigkeit verliehen werden[6].
Zur Erreichung dieser Ziele versprechen die Tarifvertragsparteien, in Zukunft die Arbeitsverträge nur zu den Bedingungen abzuschließen, die im Tarifvertrag vereinbart sind, auch wenn bei Abschluß der Arbeitsverträge die im Tarifvertrag getroffenen Vereinbarungen im Arbeitsvertrag

1 aaO., S.760, 761.
2 aaO., S.761, 762.
3 aaO., S.762.
4 aaO., S.762, 763.
5 aaO., S.775.
6 aaO., S.775, 776.

nicht verlautbart werden[1]. Die Tarifverträge ergänzen damit auf Grund ihrer besonderen rechtlichen Wirkung die individuellen Arbeitsverträge[2]. Darüberhinaus ist dem Tarifvertrag das Versprechen der Parteien zu entnehmen, Arbeitsverträge nur zu den Bedingungen des Tarifvertrages abzuschließen[3]. Daraus ergibt sich für den Tarifvertrag die Rechtswirkung, maßgebend für die Arbeitsverhältnisse zu sein. Das heißt, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine vom Tarifvertrag abweichende, rechtlich wirksame Vereinbarungen treffen können, da "gegenüber dem kollektiven im Tarifvertrag fixierten Willen der im Arbeitsvertrag geäußerte individuelle Wille nicht bloß überflüssig, sondern auch ohnmächtig ist"[4].
Die Unabdingbarkeit des Tarifvertrages folgt also nach Lotmar aus dem Willen der Vertragsparteien. Er sieht hier eine Parallele zu anderen Tatbeständen, wie der Regelung des § 399 BGB und der anerkannt wirksamen unwiderruflichen Vollmacht in den Lehren des Allgemeinen Teils des BGB, bei denen der einzelne sich unlösbar rechtsgeschäftlich binden kann[5]. Zudem argumentiert er damit, daß es widerspruchsvoll sei, die von einer Mehrheit - zumindest auf Seiten der Arbeitnehmer - errichtete Schranke der Vertragsfreiheit durch die nachträgliche Willensänderung einzelner aufheben zu lassen[6]. Im übrigen verweist er auf die Rechtswirkungen der Arbeitsordnung, deren Bestimmungen auch unabdingbar sind[7].

V. Die Grundlagen der Lehre Lotmars

Voraussetzung einer kritischen Betrachtung und würdigenden Stellungnahme zur Arbeitsvertragslehre Lotmars ist die

---

1 aaO., S.776,777 u.779; Arch.f.soz.Ges., Bd.15 S.98,99.
2 aaO., Bd.1, S.779 (Der Arbeitsvertrag).
3 aaO., S.780.
4 aaO., S.780.
5 aaO., S.781.
6 aaO., S.782.
7 aaO., S.782ff.

Kenntnis der Grundlagen, von denen aus Begriff und System geschaffen wurden. Es gilt deshalb, die rechtstheoretischen, sozialpolitischen und methodischen Standorte Lotmars aufzuzeigen.

1. Die rechtstheoretischen Grundlagen

a) Das Verhältnis von Recht, Gesetz und Rechtsanwendung

Das Ziel der Rechtsordnung ist für Lotmar das Wohl der Menschen. Die Gestaltung dieses Ziels muß nach der Gerechtigkeit ausgerichtet werden[1]. Diese Leitidee allen Rechts hat aber auf die konkreten Gesetze und ihre Anwendung ebensowenig einen Einfluß wie Menschen- und Grundrechte, die auch nur gedachtes und entworfenes Recht programmatischer Art sind[2]. Sie bedeuten nur eine Richtlinie für das zu schaffende Recht, ohne daß der jetzige Rechtszustand beeinflußt werden könnte. Dies gilt sogar dann, wenn der Vollzug des Rechts "schädlich" oder "grausam" ist[3], da "der Jurist nur den Machtbereich des Gesetzes abzustecken", es aber nicht zu verlassen oder zu beugen hat[4].
Es ist deshalb davon auszugehen, daß das positive Recht in extremem Maße der Gerechtigkeit widersprechen kann[5].

Lotmar ist damit dem starren Positivismus Knapps gefolgt, für den der Kern des Rechts "indifferent" ist, da die Rechtswissenschaft das Recht nicht innerlich zu "behandeln", sondern es nur äußerlich "abzugrenzen" hat[6].
Damit war für ihn der Weg einer Veränderung des Rechts durch eine schöpferische Rechtsfortbildung abgeschnitten.

1 Die Gerechtigkeit, aaO., S.83; vgl. a. Vom Rechte, das mit uns geboren ist, aaO.
2 aaO., S.18,20,32,35.
3 aaO., S.35.
4 aaO., S.34.
5 aaO., S.33,34.
6 Knapp, System der Rechtsphilosophie, 1857 (Neudruck 1963), S.215ff., 240; Lotmar, aaO., S.34ff.

Gegenstand der Rechtsbetrachtung blieb notwendigerweise deshalb die dogmatische und systematische Erfassung des Rechts.

b) Die Aufgaben der Rechtswissenschaft

Lotmar sah aber, daß auf Grund der Entwicklungen in der Gesellschaft das Recht veralte und neue Entwicklungen nicht mit überkommenen Regelungen zu meistern waren[1]. Er versuchte deshalb, den Gefahren positivistischer Rechtstheorie für Gesellschaft und rechtliche Ordnung durch eine modifizierte Aufgabenstellung der Rechtswissenschaft zu begegnen.

Ausgehend von einer kritischen Stellung zur rechtsgeschichtlichen Betrachtung des Rechts, die er zur Interpretation und Erhellung der Verständniszusammenhänge tradierten Rechts für notwendig hält[2], warnt er im Hinblick auf die historische Schule vor rechtsgeschichtlichen Betrachtungen, die zum Selbstzweck betrieben werden[3]. Vielmehr gelte es, die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen des Rechts zu klären und über eine künftige Rechtsverbesserung de lege ferenda zu sinnen[4].

Die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist damit eine doppelte. Die Dogmatik zielt auf eine Erläuterung und systematische Darstellung positiven Rechts, um eine sachgerechte Rechtsanwendung sicherzustellen. Aber darüberhinaus ist die Rechtswissenschaft auch der Rechtspolitik verpflichtet, da sinnvolle gesetzliche Veränderungen und Reformen und damit Rechtsfortschritt erst dann möglich sind, wenn die Bedingungen rechtlicher Gestaltungen wissenschaftlich vor-

---

1 Kritische Studien in Sachen der Contravindication, 1878, S.33.
2 aaO., S.32,33.
3 aaO., S.33.
4 aaO., S.33.

bereitet und erforscht sind. In diesem Bereich hat Lotmar selbst mit seinen Arbeiten über den Tarifvertrag[1] und den Arbeitsvertrag beispielhaft der späteren gesetzlichen Entwicklung den Weg bereitet[2].
Beide Komponenten zusammen sind entscheidend für den Stand der Rechtswissenschaft, deren Bedeutung für die praktische Rechtspflege er hoch einschätzte .

c) Die rechtswissenschaftliche Methode

Lotmars Darstellung der Arbeitsvertragslehre ist methodisch dadurch geprägt, daß er bewußt die soziale Wirklichkeit wahrnimmt und sie in seine rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzungen einbezieht. Dies hatte Auswirkungen sowohl auf Umfang und Auswahl, als auch auf die Art seiner dogmatischen Arbeiten.
Der veränderte methodische Ansatz zeigt sich bereits in der Zielsetzung zum "Arbeitsvertrag", die die Darstellung "auf Grund der Reichsgesetze und an Hand der wirtschaftlichen Tatsachen" beabsichtigt[3]. Dieses Programm läßt seine Auffassung erkennen, daß Voraussetzung jeder rechtswissenschaftlichen Arbeit die Kenntnis und Erforschung der "faktischen Umwelt" ist[4], zu der im Bereich der Arbeitswelt auch volkswirtschaftliche Zusammenhänge gehören, die für das Verständnis des Gesamtzusammenhangs der arbeitsrechtlichen Probleme unerläßlich sind . Dabei wußte Lotmar, daß bei einer lückenhaften gesetzlichen Regelung eine nur normative Wissenschaft, die sich auf die Wiedergabe und systematische Bearbeitung gesetzlicher Vorschriften beschränkt, der Aufgabenstellung nicht gerecht werden

---

1 Lotmar Kritische Studien..., a.a.O.,S.33.
2 Vgl. a. Oppermann, Arbeitsrecht, XII, Sp.268.
3 Der Arbeitsvertrag, a.a.O., Bd.1, S.1.
4 a.a.O., Bd.1, S.24.

kann[1].

So hat er alle Möglichkeiten genutzt, um sich über die Probleme der Arbeitsvertragswirklichkeit zu informieren. Die ganze Fülle sozialpolitischen Wissens - die großen Enqueten des Vereins für Sozialpolitik[2], die sozialpolitischen Zeitschriften, wie z.B. die "Soziale Praxis"[3] und das "Gewerbegericht"[4] - sowie die volkswirtschaftliche Fachliteratur zog er heran, um die Realität kennenzulernen[5].
Damit hatte er gleichzeitig die Verständnislosigkeit für die Probleme des Arbeitsvertrages überwunden, die er bei den "theoretischen Juristen" feststellte, da sie auf Grund der gesellschaftlichen Distanz, die sich aus der Klassenbildung ergab - "sie gehören gewissermaßen einer anderen Nation an" -, keine Kenntnis vom Arbeitsvertrag und seiner Wirklichkeit hatten[6].

Erst diese Grundlage gab Lotmar die Möglichkeit - zumal das Arbeitsrecht nur gering und wenig einheitlich ausgestaltet war -, eine Arbeitsvertragslehre zu begründen. Denn jetzt konnten neben dem positiven Recht auch die Vertragswirklichkeit sowie neue rechtliche Formen, die sich neben dem BGB und den arbeitsrechtlichen Sondergesetzen gebildet hatten, berücksichtigt werden, so daß das gesamte Rechtsgebiet einheitlich erfaßt werden konnte.

Mit diesem methodischen Konzept ist Lotmar ein Vorläufer der in den 20er Jahren von A.Nußbaum begründeten Rechtstatsachenforschung[7] geworden, deren Programm, die syste-

---

1 Lotmar, Der Arbeitsvertrag, aaO., Bd.1., S.23.
2 Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd.1, 1873.
3 Zentralblatt für Sozialpolitik, seit 1890.
4 Vgl. S.24 Anm.5.
5 Vgl. i.e. Die zusammenfassende Darstellung im anschliessenden Abschnitt.
6 Lotmar, Der Arbeitsvertrag, aaO., Bd.1, S.26.
7 Vgl. Rechtstatsachenforschung, 1914.

matische Erforschung der vertraglichen Rechtsformen, der institutionellen Neubildungen sowie der Voraussetzungen der Rechtsanwendung[1], von Lotmar bereits praktiziert wurde.

Diese Rechtstatsachenforschung konnte aber nicht dazu führen, daß Lotmar die dogmatische Aufgabenstellung, die er sich mit dem "Arbeitsvertrag" gesetzt hatte, aus den Augen verlor. Im Mittelpunkt des "Arbeitsvertrages" blieb die begriffliche und systematische Erfassung und Gestaltung dieses Vertrages und der ihn betreffenden gesetzlichen Vorschriften. Insoweit ist unverkennbar, daß Lotmar sich von seiner pandektenwissenschaftlichen Herkunft nicht lösen konnte.
Andererseits aber deuten sich auch in der dogmatischen Bearbeitung bereits auffallende Veränderungen an. Denn Lotmar beschränkt sich nicht nur auf die Deskription, Darstelllung und Begründung rechtlicher Regelungen, sondern er untersucht auch detailliert die Auswirkungen und inneren Gründe rechtlicher Normierungen. Daneben finden sich auch Ansätze interessengemäßer Interpretationen, wenn Lotmar die Interessensphären von einzelnen gesetzlichen Vorschriften absteckt, ohne allerdings die methodische Klarheit und Konsequenz der späteren Interessenjurisprudenz zu erreichen.

Exkurs: Zusammenstellung der verarbeiteten "außerrechtlichen"Literatur

Die Berücksichtigung nichtjuristischer Tatsachen und Literatur durch Lotmar deutet einen entscheidenden Schritt der Rechtswissenschaft an, den logischen Formalismus der Pandektenwissenschaft zu überwinden. Die folgende Darstellung des von Lotmar bearbeiteten Materials soll das Ausmaß des methodischen Umschwungs dokumentieren[2].

1 Vgl. Rechtstatsachenforschung, aaO., Neuabdruck 1968, S.19,24,27.
2 Weitere Untersuchungen, die die Verarbeitung dieses Materials durch Lotmar methodisch analysieren, konnten im Rahmen dieser Arbeit nicht berücksichtigt werden.

a) Sozialpolitische Literatur[1]

Großmann, in: Verhältnisse der Landarbeiter in Deutschland II, Schriften d.V.f.Socialpol., Bd.54; M.Weber, in: Verhältnisse der Landarbeiter III, Schriften d.V.f. Socialpol., Bd.55; Fiebelkorn, Die Arbeitervermittlung in der Ziegelindustrie, 1899; Fiedler, Arbeiterfrage auf dem Lande, 1895; v.d.Goltz, Landwirtschaftliche Arbeiter, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften; Frankenstein, Arbeiterfrage in der deutschen Landwirtschaft, 1893; Voigt, Das Kleingewerbe in Karlsruhe, Schriften d.V.f.Socialpol., Bd.64; Stillich, Die Spielwarenindustrie des Meininger Oberlandes, 1899; Rausch, Die Sonneberger Spielwarenindustrie, 1901; Sander, Lage des Barbier- und Friseurgewerbes; Sieger, Zur Landarbeiterfrage, 1898; Lage des Handwerks in Deutschland I, IV, V, VII, VIII, IX; F.v. Schönebeck, Die Lage des Kleingewerbes in der Kölner Schreinerei, in: Lage des Handwerks in Deutschland I, Schriften d.V.f. Socialpol.; Landarbeiter in Deutschland I, II, III; Stahl, Das deutsche Handwerk, 1874; Frankenstein, Lage der Arbeiterinnen in den deutschen Großstädten, 1888; Hirschberg, Soziale Lage der arbeitenden Klassen in Berlin, 1897; Burchard, Bergung und Hülfeleistung in Seenot; Arbeitsvermittlung im Fleischergewerbe, Soziale Praxis X; Thurneyssen, Das Münchener Schreinergewerbe, 1897; Koepper, In Plutos Reich, Wanderungen durch Schacht und Hütte im rheinisch-westf. Industriebezirk, 1899; Francke, Schuhmacherei in Bayern; H. Freese, Das konstitutionelle System im Fabrikbetriebe, 1900; Förtsch, Binnenschiffahrt und Flößerei; Badische Fabrikinspektion für 1897; Bayerische Fabrikinspektion für 1897; Zur Lage der Arbeiter im Schneider- und Schuhmachergewerbe in Frankfurt a.M., Schriften d.V.f. Socialpol. VIII; Württembergische Fabrikinspektion für 1898; Corvey, Arbeitsverhältnisse der Verkäuferinnen, in: Arbeiterfreund, 38.Jg., S.13; Gnauck-Kühne, Lage der Arbeiterinnen in der Berliner Papierwarenindustrie; Landarbeiter in den evangelischen G-

1 Soweit die Fundstellen unvollständig zitiert sind, beruht dies darauf, daß Lotmar sie nur in dieser Weise angeführt hat.

bieten II; Fuchs, Die soziale Lage der Pforzheimer Bijouteriearbeiter, 1901; Wörrishoffer, Die soziale Lage der Cigarrenarbeiter im Großherzogtum Baden, und Die soziale Lage der Fabrikarbeiter in Mannheim; Jentsch, Arbeitsverhältnisse in der Forstwirtschaft des Staates; Berner, Bergarbeiter des Ostrau-Karviner Reviers, 1898; Lage der Arbeiter und Taglohn-Bediensteten bei der Großhessisch badischen Staatsbahn, 1900; Adler, Lage der Handlungsgehülfen, in: Drucksachen der Kommission für Arbeiterstatistik; Arbeits- und Lebensverhältnisse der Wiener Lohnarbeiterinnen, 1897; Arnold, Münchener Bäckergewerbe; Herzberg, Schneiderei in München; Vorster, Die Großindustrie, 1896; Cohen, Lohn- und Arbeitsverhältnisse der Münchener Kellnerinnen, in: Arch.f.soz.Ges., Bd.5,S.114; Maier, Verband der Glacéhandschuhmacher, 1901; Pierstorf Carl Zeiß Stiftung; Christiani, Waldarbeiterverhältnisse auf dem badischen Schwarzwalde; Oldenburg, Der Kellnerberuf, in: Schmollers Jahrbuch N.F. XVII S.37; Trefz, Das Wirtsgewerbe in München; Zimmermann, Der Trinkgelderunfug, in: Z.f.d.ges.Staatsw., Bd.55, S.115; Stillich, Lage der weiblichen Dienstboten in Berlin; Bebel, Zur Lage der Arbeiter in den Bäckereien, 1898; Schmidt, Kellners Weh' und Wohl; Lage der deutschen Holzarbeiter, 1899; Knapp, Landarbeiter in Knechtschaft und Freiheit, 1891; Vorstand der Bäckerinnungen von Hamburg, Altona und Wandsbeck, Bäckerstreik und Brotboykott, 1899; Der deutsche Buchbinderverband im Jahre 1900; Lage der deutschen Holzarbeiter, 1899; Mombert, Die deutschen Stadtgemeinden und ihre Arbeiter; Weill, Lager der Kanalschiffer in Elsaß-Lothringen, 1905; Noack, Zivilberufsmusiker, in: Neue Zeit, 24.Jg., I S.269; Waltz, Die Lage der Orchestermusiker in Deutschland, 1906; Preußische Fabrikinspektion für 1902, in: RABl.I, S.107; Zimmermann, Lage der Eisenbahnarbeiter in Preußen, in: Schriften d.V.f.Socialpol.99, 161; Die Lohn- und Arbeitsverhältnisse der Former und Gießereihilfsarbeiter Deutschlands, 1904; Gottheiner, Wuppertaler Textilindustrie; Die Arbeiterschaft des Stein-

setzgewerbes, 1904; Hellwig, Die Stellung des Arztes, 1905; Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft, 1904; Poersch, Bewegung der städtischen Arbeiter, 1903; Timmermann, Die Entlöhnungsmethoden in der hannoverschen Eisenindustrie, 1906; Chrzanowski, Die Lohnsysteme der ländlichen Arbeiter, 1877; Katz, Landwirtschaft und Landarbeiter in Oberhessen, 1904; Wiener Lohnarbeiterinnen, 1897; Epstein, Erwerbstätigkeit der Frau, 1901; Kaufmann, Lohn- und Arbeitsverhältnisse genossenschaftlicher Angestellter und Arbeiter, 1906; Lohn- und Arbeitsbedingungen im Maurergewerbe, 1906; Sächsische Fabrikinspektion für 1902 und 1904; Pieper, Bergarbeiter im Ruhrrevier; Engel, Ausstand der Bergarbeiter im Ruhrbezirk, 1905; Habersbrunner, Lohnverhältnisse im Baugewerbe; Pieper, Lage der Bergarbeiter; Schwarzwälderuhrenarbeiter, 1898; Mombert, Düsseldorfer Straßenbahn, in: Schriften d.V.f.Socialpol. Bd.99,S.284; Döscher, Münchener Straßenverkehrsgewerbe, in: Schriften d.V.f.Socialpol., Bd.99, S.325; V.Frankenberg, Stellung des deutschen Arbeiters; v. Siebeck, Der Frondienst als Arbeitssystem, 1904; Bürger, Sommerferien oder Erholungsurlaub für städtische Arbeiter, 1904; Hessische Fabrikinspektion für 1904; Grempe, Lage der deutschen Maschinisten und Heizer, in: Neue Zeit, 16.Jg. II S.53; Feig, Berliner Wäscheindustrie, 1896; Jeidels, Arbeiterentlöhnung; Löbe, Kultur und Presse, 1903; Salomon, Die Ursachen der ungleichen Behandlung von Männer- und Frauenarbeit, 1906; Lübbers, Ostfrieslands Schiffahrt, 1903; Auerbach, Das Zeißwerk, 1903; Bauer, Arbeiter der Brünner Maschinenindustrie, 1895; Dyrenfurth, Die hausindustriellen Arbeiterinnen; Weidmann, Handbuch der eidgenössischen Fabrikinspektion, 1904; Legien, Der Streik der Hafenarbeiter; Käming, Die Uniform-Maß- und Lieferungsschneiderei, 1903; Tönnies, Hafenarbeiter und Seeleute in Hamburg, in: Arch.f.soz.Ges.,Bd.10,S.205; Timm, Konfektionsindustrie, 1897; Bittmann, Hausindustrie und Heimarbeit in Gr.Baden, 1907; Liefmann, Wesen des Verlages; Hager, Lederwarenindustrie in Offenbach, 1905; Schneider- und

Schuhmachergewerbe in Frankfurt, 1897; Olberg, Elend in der Hausindustrie der Konfektion, 1890; Bernhard, Die Akkordarbeit in Deutschland, 1903; Häntzsch, Die wirtschaftliche Lage der wandernden Schauspielertruppe, in: Schriften d.V.f.Socialpol.,Bd.81,S.323; Winter, Im dunkelsten Wien, 1904; Fischer, Lage der Arbeiter in der sächsischen Lausitz, 1898; Bosenick, Arbeitsleistung beim Steinkohlenbergbau, 1906; Berner, Kohlengräber des O.-K. Bergreviers, 1898; Christiani, Waldarbeiterverhältnisse auf dem badischen Schwarzwalde; Feurstein, Uhrenfabrikarbeiter; Freese, Fabrikantensorgen; West, Verfehlte Akkordpolitik, 1905; Swaine, Einzelsticker in der Nordostschweiz; Bueck und Leidig, Ausstand der Bergarbeiter, 1905; Göhre, Drei Monate Fabrikarbeiter; Timm, Die Konfektionsindustrie, 1897; Heß, Einfachere und höhere Arbeit, 1905; Masorp, Die soziale Lage der deutschen Orchestermusiker, 1905; Lübbers, Ostfrieslands Schiffahrt und Seefischerei, 1903; Uhrmann, Akkordlöhnung im Landwirtschaftsbetriebe; Horn, Geschichte der Glasindustrie, 1903; Leipart, Lage der Arbeiter in Stuttgart, 1900; Fuhrmann, Arbeiter Hanaus, 1901; Braun, Siemens- und Schuckertwerke, 1905; Hahn, Der industrielle Arbeitslohn.

b) Volkswirtschaftliche Schriften

Ricardo, Principles of Political Economy; Rodbertus, Kapital, 1884; Brentano, Arbeitergilden II; Roscher, System der Volkswirtschaft I; Ofner, Über das Prinzip des Arbeitslohnes, 1884; Marx, Kapital I, 4.A.; Kapital III, 4.A.; Kleinwächter, in: Schönbergs Handbuch I, 2. A., S.221; Tönnies, in: Arch.f.öfftl.Recht, Bd.10,S.135; L.v.Buch, Intensität der Arbeit, Wert und Preis der Waren, 1896; Brentano, Über Arbeitseinstellungen und Fortbildung des Arbeitsvertrages, in: Schriften d.V.f.Socialpol.,Bd.45, S.18; Petrazycki, Lehre vom Einkommen II; Lange, Die Arbeiterfrage, 3.A.; Riehl, Die deutsche Arbeit; Lexis, Handel, in: Schoenbergs Handbuch der politischen Ökonomie

II, 4.A., S.232; v.Zwiedineck-Südenhorst, Lohnpolitik und Lohntheorie, 1900; S. und B.Webb, Theorie und Praxis der englischen Gewerkvereine, I, 1898; Ziegler, Wesen und Werk kleinindustrieller Arbeit, 1901; Buchenberger, Grundzüge der deutschen Agrarpolitik, 2.A.; Schmoller, Allgemeine Volkswirtschaftslehre II; Marlo, Organisation der Arbeit III; Schloß, Methods of industrial remuneration, 3.A.; Sombart, Moderner Kapitalismus I; Johanning, Organisation der Fabrikbetriebe, 2.A., 1900; Ballewski, Der Fabrikbetrieb, 1905; Bosselmann, Entlöhnungsmethoden; Herkner, Die Arbeiterfrage, 3.A.; Wörterbuch der Volkswirtschaft, 2.A.; Habersbrunner, Baugewerbe; Chrzanowsky, Lohnsysteme der ländlichen Arbeiter, 1877; Akkordlöhnung im Landwirtschaftsbetriebe,1884; Bernhard, Akkordarbeit; Messerschmitt, Die Kalkulation in der Eiseng-ießerei, 1903; Munzinger, Entwicklung des Inseratenwesens, 1902; Weiß, Tarife der deutschen Straßenbahnen, 1904; Roscher, Ansichten der Volkswirtschaft II; v.Philoppovich, Politische Ökonomie I; Bücher, Entstehung der Volkswirtschaft, 4.A.; Brentano, Über das Arbeitsverhältnis von Arbeitslohn und Arbeitszeit zur Arbeitsleistung, 2.A.; Pierstorff, Unternehmer und Unternehmergewinn, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften,S.338; Conrad, Grundriß der politischen Ökonomie I, 3.A.; Brentano, der Unternehmer,1907;

c) Protokolle, Berichte, Denkschriften, Resolutionen

Bericht des Arbeitgeber-Verbandes Hamburg-Altona über das Jahr 1900; 3.Jahresbericht des Seemannsverbandes für 1900, Hamburg; Rechenschaftsbericht des Gauvorstandes des Deutschen Holzarbeiterverbandes, München 1900; Statistik über die Lage der deutschen Holzarbeiter, 1899; Protokoll des VIII. Kongresses der deutschen Steinarbeiter, 1897; Statistische Erhebungen der Steinarbeiter, 1896,97; Protokolle des 3.Kongresses der Gewerkschaften Deutschlands, 1899; Protokolle des 5.Verbandstages des Zentralverbandes

der Maurer, 1899; Protokolle des 3.österreichischen Gewerkschaftskongresses, 1900; Protokoll der 2.Generalversammlung des Seemannsverbandes, 1901; Vorstandsbericht des deutschen Buchbinderverbandes, 1901; Die Entwicklung des Verbandes der Bäcker, 1900; Geschäftsbericht des Tarifamtes der deutschen Buchdrucker für 1900/01; v.d.Goltz, Verhandlungen der Berliner Konferenz ländlicher Arbeitgeber, 1872; Denkschrift des Verbandes der Baugeschäfte von Berlin,1900; Berliner Jahrbuch für Handel und Industrie, 1905; Protokoll des 1. u. 2. Bauarbeiterschutzkongresses, Hamburg, 1899 u. 1903; Protokoll des Bergarbeiter-Delegiertentages für Preußen, 1905; Protokoll über die Verhandlungen der Gewerbegerichtsbeisitzer, 1900; Denkschrift über die Untersuchung der Arbeiter- und Betriebsverhältnisse in den Steinkohlenbezirken, 1890; Protokoll des 7.Kongresses der deutschen Steinarbeiter, 1895; Protokoll des Heimarbeiterschutzkongresses, 1904; Protokoll der Zieglerkonferenz, 1906; Resolution des preußischen Bergarbeitertages, 1906: in: RABl.IV, 564; Protokoll des 1.deutschen Berg- und Hüttenarbeiterkongresses in Dortmund, 1898; Jahresbericht des Leipziger Arbeitersekretariats für 1904; Denkschrift über die meiningischen Griffelbrüche. 1899; Protokoll der Generalversammlung des Textilarbeiterverbandes, 1906; 14.Jahresbericht des Berliner Arbeitersekretariats für 1902; Jahresbericht der preußischen Gewerberäte für 1899; Drucksachen der Kommission für Arbeiterstatistik, Verhandlungen Nr.4,6,9,10,11, 12,16,17,18; Jahresbericht des Münchener Arbeitersekretariates, 1899; Protokolle der Senatskommission für die Prüfung der Arbeitsverhältnisse im Hamburger Hafen, 1898; Bericht des k.k. Arbeitsstatistischen Amtes, Wien 1900; Denkschrift des Verbandes der Baugeschäfte von Berlin und den Vororten, Berlin 1900; Berichte der bayerischen Fabriken- und Gewerbeinspektoren für 1897; Bericht über die Arbeitsnachweis-Konferenz in Leipzig, 1898; Jahresbericht des Arbeitersekretariats in Bremen für 1900; Jahresbericht des deutschen Seemannsverbandes für 1900, Hamburg; Denkschrift des Verbandes deutscher Köche an den Norddeutschen

Lloyd, in: Vorwärts vom 15.6.1899; Denkschrift des Verbandes der Baugeschäfte von Berlin, 1900; Statistische Erhebungen über die Metallindustrie Leipzigs, 1897.

d) Tarifverträge

Tarifvertrag (TV) Bremer Reeder und Seeleute, Soziale Praxis, Bd.10, S.887; TV für das Maurergewerbe zu Frankfurt, Gewerbegericht, Bd.4, S.28; Deutscher Buchdruckertarif, 1896; TV der Steinsetzer in Berlin, in: Soziale Praxis, Bd.8, S.1035; TV der Zimmerer in Mannheim, in: Badische Fabrikinspektion für 1897 S.58; Tarifordnung der Maler in Eisenach, 1898; TV des Verbandes Hamburger Lager- und Speicherarbeiter, 1886 und TV der Hamburger Quartiersleute von 1886, in: Hamburger Gewerbeinspektion für 1900 S.71; TV der Maler in Kiel, in: Malerkalender 1902; TV der Feilenfabrikanten und des Feilenhauervereins in Remscheid; TV der Parkettleger in Basel, 1900; Malertarif für Mainz, 1900; TV der Zwickauer Bergleute, 1900; TV der Brauerein und der Jungbierkutscher in Berlin, in: Soziale Praxis Bd.12 S.569; TV der Zimmerer in Pforzheim, 1897, in: Gewerbegericht Bd.2,S.126; TV der Glaser und Tischler in Wittenberg, in: Vorwärts vom 7.8.1898; TV der Friseure und Barbiere in Bremen, in: Bericht des Bremer Gewerbegerichts für 1901 S.7; TV der Steinsetzer in Magdeburg, in: RABl.II S.425; TV der Gürtler und Metalldrücker in Berlin, 1903; in: Schulte, Entlöhnungsmethoden S.114; TV der Brauer in Ludwigsburg, 1903; TV der Brauer in Kiel, 1903; TV der Maler in Posen, 1903; Malerkalender für 1903 S.60; TV der Maurer in Frankfurt a.M., in: Gewerbegericht Bd.4,S.28; TV der Steinsetzer in Königsberg, in: Gewerbegericht Bd.8,S.84; TV der Rabitzputzer in Berlin, 1903; TV der Brauer in Hannover von 1903, in:Gewerbegericht Bd.10,S.322; TV der Dachdecker in Mannheim, in: RABl. II 130; TV der Tapezierer in Mannheim, in: Badische Fabrikinspektion für 1897, S.59; TV der Münchener Tapezierer, in: Gewerbegericht, Bd.9,S.231; Lohntarife und Tarifverträge

im Schneidergewerbe, 1906; TV der Tischler in Berlin, 1905, in: RABl.III, S.158; TV der Plattenleger in Köln, in: RABl. II S.839; TV der Lithographen, in: RABl.IV S.840; TV der Portefuille-Industrie in Berlin, in: Gewerbegericht,Bd.IX S.233; TV für die Portefuille-Industrie Offenbachs, 1905; TV der Kofferbranche in Berlin, in: RABl.I, S.218; TV der Maurer und Zimmerer von Elmshorn, 1900; TV der Maler in Erfurt, 1902; TV der Weißgerber in Berlin, in: Soziale Praxis Bd.9,S.130.

e) Arbeitsordnungen

Arbeitsordnung (AO) der kaiserlichen Werft in Kiel, in: Gewerbegericht Bd.8,S.102; AO für das königliche Steinkohlenbergwerk Reden, 1892; AO der Bierbrauerei zum goldenen Hecht in Ulm, 1892; AO der Spinnerei F. in Forchheim; AO des Bremer "Vulkan"; AO der Rheinischen Gummi- und Zelluloidfabrik in Neckarau; AO der Glasfabriken von Gebrüdern E & Co. zu Bischofswerda; AO der optischen Werkstätte von Carl Zeiß in Jena; Allgemeine AO für die Lohnarbeiter der Stadt Stuttgart; AO der fiskalischen Steinkohlenbergwerke im Saarbrücker Direktionsbezirk; AO für das fiskalische Bergwerk Kronprinz im Saarrevier; AO für den Norddeutschen Lloyd in Bremerhaven; AO von Karl Zeiß; AO für die preußischen Eisenbahner, in: Schriften d.V.f.Socialpol. Bd.99,S.165; AO der Gußstahlfabrik K. in Essen.

2. Die sozialpolitischen Vorstellungen Lotmars

Die differenzierte Kenntnis der sozialen Problematik und die konkreten sozialpolitischen Vorstellungen Lotmars, die im "Arbeitsvertrag", bei dem Aufbau und System der Arbeitsvertragslehre im Vordergrund standen, nur partiell durchscheinen, lassen sich in ihren vollen Umrissen vor allem in der Rede "Über die Freiheit der Berufswahl"[1] erkennen.

1 Vgl. S.29,Anm.8.

"Mit warmen sozialen Gefühl"[1] werden dort die Lebensbedingungen der Arbeiter skizziert: Die Verhältnisse am Arbeitsplatz mit ihren Gefahren für die Gesundheit und den Unfallrisiken[2], die Kinder- und Frauenarbeit[3] und die Hungerlöhne[4], deren Häufigkeit zur Folge habe, daß ein großer Teil der wirtschaftlichen Produktion im Vollzug nach § 138 Abs.2 BGB nichtiger Verträge bestehe[5]. Sein Blick blieb aber nicht vordergründig an diesen Erscheinungen hängen. Vielmehr sah er das Los des Individuums, seine seelische Not[6] und die Trostlosigkeit seines Daseins, das auf Grund des Mangels jeder persönlichen Ausbildung und Entwicklung unabänderlich erscheine[7].

Diesem negativen Bild der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeiter entsprach seine Einschätzung des "freien" Arbeitsvertrages. Lotmar war hier beeinflußt durch die politökonomische Analyse des Arbeitsvertrages von Marx[8], nach der durch die Trennung der Arbeiter von den Produktionsmitteln diese darauf angewiesen seien, ihre Arbeitskraft an fremden Produktionsmitteln zu verwerten, die insofern als anziehende Kraft den Abschluß der Arbeitsverträge erzwängen und den Kapitalisten befähigen, sich mit Hilfe der "Rechtsfiktion" Arbeitsvertrag zu bereichern[9].
Lotmar schloß sich diesen Grundgedanken, wenn auch nuanciert, an[10]. Er sah die Notwendigkeit der Lohnarbeit für den Einzelnen[11], die lohndrückende Konkurrenz der Arbeitnehmer, der "industriellen Reservearmee"[12], untereinander[13] und das Profitinteresse der Arbeitgeber, deren Machtüber-

---

1 Vgl. Sinzheimer, Arbeitsrecht IX, S.586.
2 Lotmar, die Freiheit der Berufswahl, aaO., S.8.
3 Vgl. Der Arbeitsvertrag, aaO., Bd.1, S.77 Anm.1.
4 aaO., Bd.1, S.171.
5 aaO., Bd.1, S.172; vgl. a.S.45.
6 Die Freiheit der Berufswahl, aaO., S.9,10.
7 aaO., S.10,11.
8 Vgl. Arch.f.soz.Ges.,Bd.8 (1895), S.44 u. 70.
9 Marx, Das Kapital, Bd.1,6.A.,1955, S.602,606.
10 Lotmar, Die Freiheit der Berufswahl,aaO.,S.24ff.; Der Arbeitsvertrag,aaO.,Bd.1,S.10.
11 aaO.,Bd.1, S.10,11.
12 aaO.,Bd.2,S.142.
13 aaO.,Bd.1,S.11.

überlegenheit den freien Arbeitsvertrag zum Diktat werden ließ[1] und die formale Freiheit des Einzelnen sowie seine Gleichheit vor dem Gesetz aufhob[2]. Er bezeichnete diesen Zustand als "Absolutismus mit Kontraktbruch", der nicht einmal mit den Mitteln der Strafandrohung beseitigt werden könne[3].

Den Ausweg aus dieser Situation sah er in sozialpolitischen Reformen, aber auch in einer Auseinandersetzung mit dem privatrechtlichen Arbeitsvertrag. Wenn er auch die begrenzten Möglichkeiten, die insoweit das Privatrecht bietet, kannte[4], so hoffte er doch, daß manches Unrecht durch den "Verlust des Inkognitos" beseitigt werden könne[5], d.h., er glaubte durch das Aufzeigen von Mißständen allein schon Wirkung erzielen zu können.
Daneben bemühte er sich um eine Erweiterung der sozialpolitischen Maßnahmen, wie zum Beispiel des Ausbaus des Arbeitsschutzes[6]. Im übrigen maß er - wie bereits dargelegt - dem Tarifvertrag eine große Bedeutung zu. Seine Arbeit hierüber beweist, daß der Tarifvertrag in der Auseinandersetzung zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern als wichtiges Instrument des Ausgleichs erkannt worden war.

Aber Lotmar wußte auch, daß aller sozialpolitischer Fortschritt nur erreicht werden konnte, wenn die Arbeiter ihrer Zahl und Bedeutung entsprechend Einfluß auf die Gesetzgebung und Verwaltung erlangten[7].

Die Wurzeln für das soziale Engagement und Verständnis lagen in seiner detaillierten Kenntnis der sozialen Mißstände, die seinen Ger-echtigkeitsvorstellungen und seiner

---

1 aaO., Bd.1, S.11,227,228.
2 Die Freiheit der Berufswahl,aaO.,S.25ff.
3 Der Arbeitsvertrag, aaO.,Bd.1,S.12,13.
4 aaO., Bd.1,S.26.
5 aaO., Bd.1,S.26,27.
6 Die Freiheit der Berufswahl,aaO.,S.35.
7 Die Freiheit der Berufswahl, aaO.,S.36.

humanen Einstellung widersprachen.
In der Schrift "Vom Recht, das mit uns geboren ist"[1], hob er anknüpfend an den Ideen der französischen Revolution und der deutschen von 1848[2] die Bedeutung des Schutzes der menschlichen Individualität hervor, indem er die Rechte auf Existenz, körperliche Integrität, auf gesicherten Unterhalt und das Recht auf individuelle Entwicklung unter die Menschenrechte einreihte[3], die höchsten Rang und fundamentale Bedeutung für die Gesellschaft hätten[4]. Von hier aus mußten sich für Lotmar gegenüber den Zuständen des Frühkapitalismus tiefe Widersprüche ergeben, die sein Denken und Handeln bestimmt haben.

Aber Lotmar stellte auch die auf den Gesetzen beruhende gesellschaftliche Vermögensordnung in Frage. Ausgehend vom Determinismus - insoweit ist er von Ludwig Feuerbach und Schopenhauser beeinflußt[5] - sah er keine Möglichkeit, die Rechts- und Vermögensordnung der bestehenden Gesellschaft mit dem Leitprinzip der Gerechtigkeit, das er nach Aristoteles als verhältnismäßige Gleichheit begriff[6], in Einklang zu bringen[7]. Denn auf Grund des determinierten Leistungsvermögens des Einzelnen entfiel für ihn die Möglichkeit, die unterschiedlichen Vermögenszuteilungen auf Grund der individuellen Leistung zu rechtfertigen[8]. Da er aber das Wohl aller Menschen anstrebte, ergab sich für ihn im Einklang mit der sozialistischen Gesellschaftskritik[9] die Ungerechtigkeit der bestehenden Vermögensverteilung.

Beide Komponenten, seine humane Einstellung und seine bohrenden Fragen nach der Gerechtigkeit in der Gesellschaft,

---

1 Vgl. S.28,Anm.6.
2 Vgl. aaO., S.14.
3 aaO., S.13,16.
4 aaO., S.18.
5 Die Gerechtigkeit, aaO., S.88,Anm.22 und Anm.23.
6 aaO., S.70f.
7 aaO., S.60ff.
8 aaO., S.60ff.
9 Vgl.aaO., S.94,Anm.50,51.

haben dazu geführt, daß er sich mit großer Ausdauer und Energie der neuen Probleme annahm.

3. Die Gründe Lotmars für die Bearbeitung des Arbeitsvertrages

Nach der Darlegung der Arbeitsvertragslehre und ihrer Grundlagen muß der Versuch gemacht werden, die Frage zu beantworten, warum Lotmar sich dem Arbeitsvertrag zuwandte und damit die Zivilrechtswissenschaft endlich an die soziale Problematik der Arbeit als Leistungsgegenstand heran geführt hat. Er selbst hat einige Gründe aufgezählt, die ihn bewogen haben, sich des Arbeitsvertrages anzunehmen.

Ausgangspunkt war danach für ihn die beherrschende Stellung der Arbeit in der industriellen Gesellschaft, so daß, wie er bemerkte, zu Recht davon gesprochen werde, "daß die Gesellschaft durch die Lohnarbeit erhalten werde"[1]. Dementsprechend sei auch der Arbeitsvertrag nach dem Kauf der am häufigsten anzutreffende Vertrag[2]. Des weiteren zog ihn der aus der sozialethischen Bewertung resultierende besondere Rang des Arbeitsvertrages für die Lohnarbeiter, deren Existenz mit diesem Vertrag verbunden war[3], sowie das Fehlen einer umfassenden wissenschaftlichen Stellungnahme an[4].

Diese eigenen Angaben deuten bereits die tieferen Ursachen an, die im rechtstheoretisch-methodischen Bereich und im Zusammenhang mit seinen sozialethischen Anschauungen zu suchen sind, wobei der letzteren Komponente sicherlich der

---

1 Lotmar, Der Arbeitsvertrag, aaO, Bd.1, S.1,3.
2 aaO., Bd.1, S.6.
3 aaO., Bd.1, S.7,10f.
4 aaO., Bd.1, S.14.

Vorrang einzuräumen sein wird. Zwar war Voraussetzung für die Bestimmung und Einordnung des Arbeitsvertrages die Modifizierung des rechtstheoretischen Ansatzes der Pandektenlehre, wie Lotmar ihn durch die Tatsachenforschung vollzogen hat. Denn erst die Hinwendung zu der durch die Gesetze nicht oder nur lückenhaft erfaßten gesellschaftlichen Wirklichkeit, also die Überwindung des methodischen Formalismus der Pandektenlehre schuf die Möglichkeit der Beschäftigung mit dem Arbeitsvertrag.

Aber die Tatsache, daß diese methodische Veränderung für ihn ohne Konsequenzen in Richtung auf eine teleologische oder interessengemäße Jurisprudenz blieb, läßt erkennen, daß der entscheidende Impuls für die Beschäftigung mit dem Arbeitsvertrag nicht aus dem rechtstheoretisch-methodischen Bereich kam. Hierfür war Lotmar viel zu sehr in den Denk- und Systemformen des 19.Jahrhunderts verhaftet. Das entscheidende Kriterium war vielmehr sein gesellschaftliches Interesse und seine Anteilnahme an den Problemen der sich industrialisierenden Gesellschaft. Seine Kenntnis der gesellschaftlichen Zusammenhänge und ihrer relativen Ordnung, die er vor allem auch mit einem durch die sozialistische Gesellschaftskritik geschärften Blick betrachtete, brachte ihn in einen Widerspruch zu seinen Gerechtigkeitsvorstellungen und dürften in ihm den Wunsch geweckt haben, mit den ihm gegebenen Mitteln Abhilfe zu schaffen. Treffend formuliert Sinzheimer deshalb: "Seine soziale Einstellung trieb ihn zum Arbeitsrecht", "Es war die Idee der Humanität, der Wiederaufrichtung des Menschen im modernen Produktionsprozeß, das geheime Feuer, das seinem Schaffen Kraft und Glut gab"[1].

---

1 Arbeitsrecht IX, S.586,587.

VI Auseinandersetzung mit der Lehre vom Arbeitsvertrag

1. Der Begriff des Arbeitsvertrages

Die Arbeitsvertragslehre Lotmars wird neben den Grundformen vor allem durch den Begriff des Arbeitsvertrages bestimmt. Lotmars Verdienst war es dabei, diesen Begriff, der gesetzlich, insbesondere dem BGB, nicht bekannt war, schöpferisch geprägt, bestimmt und in das Rechtssystem eingeordnet zu haben.
Die Begriffsbildung entsprach methodisch den zivilistischen Vorstellungen des 19.Jahrhunderts, indem rein formal der Arbeitsvertrag "wissenschaftlich" aus den gesetzlichen Typen abstrahiert wurde[1].
Grundlage dieses Vorganges war also nicht, soweit man von einer vorverstehenden Wertung absieht, der Strukturtyp des Arbeitsvertrages, sondern die Auswahl nach Gesichtspunkten, die der beabsichtigten systematischen Ordnung Rechnung trugen.
So wurde ohne materielle Begründung die unentgeltliche Arbeitsleistung vom Arbeitsvertrag ausgespart, um diesen im Bereich der synallagmatischen Verträge anzusiedeln. Gleichzeitig wurden in Konsequenz der nur formalen Kriterien Sachverhalte unter den Vertrag subsumiert, die dem "Bild" des Arbeitsvertrages, das Lotmar als Motiv vorschwebte, in keiner Weise entsprachen, wenn z.B. der Spediteur, die Eisenbahn, die Schiffahrtsgesellschaft im Verhältnis zum "Benutzer" oder der Verleger im Verhältnis zum Schriftsteller als Arbeitnehmer angesehen wurden.
Zu Recht ist der Arbeitsvertragsbegriff gerade in diesem Punkt in der Lehre kritisiert und korrigiert worden[2].

---

1 Der Arbeitsvertrag, aaO., Bd.1, S.53,265.
2 Vgl. aaO., Bd.1, S.294,323,321,297; siehe auch: Potthoff DRZ 1921 S.313; zur Kritik: Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1927, S.4; Potthoff, Arbeitsrecht IX S.446; Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, 1922, S.6; RArbB NAT 1922 S.507; Arbeitsrecht, Das Ringen um werdendes Recht, 1922, S.24.

Mit diesem weit gefaßten Begriff siegte bei Lotmar der systematisch und dogmatisch am Gemeinen Recht geschulte Positivist. Denn er selbst hatte in seiner Kritik zum zweiten Entwurf des BGB vor der Schaffung eines einheitlichen Dienstvertrages gewarnt, weil eine arbeitsvertragliche Regelung allein für die Lohnarbeiter für diese einen besseren Schutz bedeutet hätte[1].

Dieser Ausgangspunkt für eine engere Begriffsbildung wurde aber wohl durch die gesetzliche Regelung des Dienstvertrages verschüttet, die dann maßgeblich seine Begriffsbildung bestimmt hat.

Damit konnte sein soziales Anliegen, durch Bildung und dogmatische Bearbeitung des Arbeitsvertrages den Lohnarbeitern zu helfen, nur zum Teil gelingen. Denn die Abstraktionshöhe seines Begriffes bedeutete insofern notgedrungen einen Verlust an Inhalt, als Sachverhalte erfaßt wurden, die so verschiedenartig waren und damit auch so verschiedenen rechtlichen Regelungen unterlagen, daß eine sinnvolle dogmatische Bearbeitung partiell verhindert wer-den mußte, daß so das Trennende überwog und das Gemeinsame zurücktrat[2].

Folgerichtig fand Lotmar dann auch die besondere personenrechtliche Natur des Arbeitsvertrages nicht, da der spezifische Tatbestand hierfür nicht gegeben war beziehungsweise bei seiner Betrachtungsweise nicht in den Mittelpunkt rücken konnte.

Hier wird deutlich, wie sehr trotz Lotmars sozialer Intention seine streng zivilistische Einstellung das gesamte Werk beherrscht, wie "seine bessere soziale Einsicht seiner geschulten Denkform zum Opfer gefallen ist"[3].

---

1 Arch.f.soz.Ges.1895, Bd.8, S.18ff.,20.
2 Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.1, 1.A., 1927, S.86, 2,3; Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923, S.7.
3 Sinzheimer, Arbeitsrecht IX, S.594.

2. Die Einordnung des Arbeitsvertrages

Die begriffliche Schöpfung des Arbeitsvertrages bedeutete zugleich mit der Darstellung und Entwicklung des gesamten Arbeitsvertragssystems den Beginn des Instituts als selbständige Einheit im zivilrechtlichen Bereich. Nachdem das BGB den Dienstvertrag durch seine Stellung von der Miete getrennt hatte, zog Lotmar nämlich die dogmatischen Konsequenzen aus den Veränderungen der gesetzlichen Grundlagen, indem er gegenüber der im Gemeinen Recht vertretenen Verwandtschaft zwischen Sachmiete und Dienstmiete die Eigenständigkeit des Arbeitsvertrages begründete.
Dabei zeigte er neben der rechtlichen Gleichrangigkeit des Dienstvertrages die wertmäßigen Unterschiede zu den übrigen schuldrechtlichen Instituten durch die Betonung der personalen Bindung des Dienstverpflichteten auf.
Mit der Darlegung, daß die Arbeit für den Arbeitnehmer keine Vermögensleistung, sondern "Einsatz der Person" ist[1], wurde die ethisch-moralische und demzufolge auch die rechtliche Besonderheit des Arbeitsvertrages endgültig erkannt.
Gleichzeitig hat Lotmar durch das Herausstellen der besonderen Verhältnisse der Lohnarbeiter die Aufmerksamkeit der Wissenschaft auf den Tatbestand gelenkt, von dem aus die spätere differenzierende Entwicklung des Arbeitsvertrages begonnen hat.

3. Die Einteilung des Arbeitsvertrages in die Grundformen

Lotmars Werk ist im weiteren durch die Lehre von den Grundformen im positiven wie im negativen Sinne charakteristisch beeinflußt. Der großartigen systematischen Leistung, die umfangreiche, bis dahin ungegliederte Materie nach orginär

---

1 Lotmar, Der Arbeitsvertrag, aaO., Bd.1, S.7,81,82.

gestalteten Kriterien zu gliedern, stehen in den Ausgangsüberlegungen Irrtümer gegenüber, die die Bedeutung des Gesamtsystems schmälern mußten. Lotmar hatte geglaubt, mit den Grundformen das innere System des Arbeitsvertrages aufgezeigt zu haben, aus dem nicht nur die besonderen rechtlichen Strukturen herrühren, sondern durch das auch die unterschiedlichen wirtschaftlichen Wirkungen und Bewertungen im außerrechtlichen Raum bestimmt werden[1].
Auf die Einteilung in Akkord- und Zeitlohnvertrag war er gestoßen, nachdem sich die Untauglichkeit der beiden primären Leistungspflichten von Arbeit und Entgelt für eine Einteilung des Vertrages herausgestellt hatte. Da alle Arbeitsverträge so gestaltet waren, daß bei ihnen sowohl Geld- als auch Naturalvergütung vorkommen konnten, war von der Entgeltseite eine Differenzierung nicht möglich[2]. Die Unterteilung nach der Arbeitsart scheiterte vor allem daran, daß Werk- und Dienstvertrag jeder Art von Arbeit zugänglich sind und eine Aufteilung der übrigen Arbeitsverträge auf diese beiden nicht zulässig ist, da ein Teil der Verträge - wie z.B. der Mäklervertrag oder der Verwahrungsvertrag - selbständig neben Dienst- und Werkvertrag stehen[3]. So blieb für die Einteilung als Anknüpfungspunkt nur die Beziehung beider Größen.
Hierbei war der Ausgangspunkt noch richtig gewählt, indem als Voraussetzung der Arbeitsverpflichtung beim Dienstvertrag die Zusage von Arbeit oder Diensten "an sich" oder "als solche" angenommen, indem also vom Erfolg der Arbeit abgesehen, die Arbeit nur als Verlaufendes, als bloße Tätigkeit gesehen wurde[4]. Den entscheidenden Fehler beging Lotmar aber, als er glaubte, daß das "Absehen" vom Erfolg nur dadurch geschehen könne, daß "die Größe der bedungenen Arbeit nach ihrer zeitlichen Länge bestimmt", daß Zeitlohn bedungen werde[5].

---

1 aaO., Bd.I, S.339.
2 aaO., Bd.I, S.324.
3 aaO., Bd.I, S.324ff.
4 aaO., Bd.2, S.870.
5 aaO., Bd.2, S.870.

Damit hatte er übersehen, daß unabhängig von der Frage des Entlohnungssystems sich die Parteivereinbarung über die Verpflichtung zur Arbeit als entscheidendes Kriterium allein auf den Erfolg der Arbeit oder auch allein auf "Arbeit als solche" richten kann, daß also die Zusage der erfolgsbestimmten Arbeit unabhängig von der Akkordvergütung und "Arbeit als solche" unabhängig vom Zeitlohn vereinbart werden kann[1].
Durch diese von ihm angenommenen, sachlich nicht gerechtfertigten Verknüpfungen der beiden Größen gelangte das Entlohnungssystem zu einer Bedeutung, die ihm nicht zustand, wobei die Ursachen für diese Überbewertung sicherlich auch in der schematisierenden Methode, mit der Lotmar das Arbeitsvertragssystem schuf, und in seinem Glauben, mit Hilfe der Grundformen das Problem der Abgrenzung des Dienstvertrages zum Werkvertrag zu lösen, lagen. Trotzdem bedeutete seine Arbeit zu dieser Streitfrage einen großen Fortschritt, da gezeigt wurde, wie Dienste an sich oder als solche zu vereinbaren sind[2].

Für die Gesamtdarstellung der Lehren vom Arbeitsvertrag wirkte sich die Etablierung der Grundformen so aus, daß die allgemeine schuldrechtliche Materie auseinandergezogen und mit Hilfe von speziellen Begriffen, nämlich der Unter[3]- und Überzeit[4] sowie der Unter[5]- und Überwirkung[6], dargestellt wurde. Die Begriffe bezogen sich dabei auf die im konkreten Arbeitsvertrag in Aussicht genommene Arbeitszeit beziehungsweise auf den erhofften Erfolg der Arbeit. Wenn diese Form der Darbietung auch keinen Gewinn für die Arbeitsvertragslehre brachte, so ergab jedoch die erstmalig auf den Arbeitsvertrag angewandte Zusammenfassung aller wichtigen Vorschriften und Lehren des Schuldrechts - von der Unmöglichkeit bis zu den Kündigungsvorschriften und

1 Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, 1926, S.37; Oertmann, aaO., S.19; Staudinger-Hoeniger, Kommentar z.BGB, Bd.2,Teil2,9.A., § 611 I 1 c.
2 Vgl. Nikisch, aaO., S.55.
3 Lotmar, Der Arbeitsvertrag, aaO., Bd.II, S.117ff.
4 aaO., S.572 ff.
5 aaO., S.615ff.
6 aaO., S.767ff.

insbesondere die Darlegung der Probleme, die sich aus den Unregelmäßigkeiten der Leistungsverpflichtungen ergeben - einen unschätzbaren Wert für Praxis und Lehre. Dies gilt vor allem für die bisher weitgehend unerörterten Fragen des Akkordrechts[1].
Hinzukam, daß die besondere Betonung der beiden verschiedenen Entlohnungsformen ihre unterschiedlichen wirtschaftlichen Auswirkungen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber offenlegte[2].

4. Die Tarifvertragslehre

Lotmars Arbeiten auf dem Gebiet der Tarifvertragslehre waren ebenso bahnbrechend wie seine Arbeiten für die Arbeitsvertragslehre insgesamt.
Die Beschäftigung mit dem Tarifvertrag beweist, daß er in ihm ein wichtiges Instrument des Ausgleichs zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern erkannt hatte.

Aber während er im Bereich des Arbeitsvertrages sich streng an die gesetzlichen Gegebenheiten hielt und seine Arbeit auf die begriffliche Erfassung und systematische Gliederung des Arbeitsvertrages beschränkte, eilte er in der Tarifvertragslehre seiner Zeit weit voraus und versuchte ohne vorgegebene gesetzliche Regelung die Unabdingbarkeit arbeitstariflicher Vereinbarungen allein mit den Mitteln des Schuldrechts zu begründen[3].

Damit übersah er das dem Schuldrecht immanente Prinzip, daß auf Grund schuldrechtlicher Vereinbarungen nur obligatorische Rechte, aber nicht Rechte mit normativem Charakter geschaffen werden können. Zu Unrecht beruft sich

---

1 Sinzheimer, Arch.bürg.Recht, Bd.34, S.316, 317.
2 Silberschmidt, Arbeitsrecht VII, S. 2.
3 Vgl. Potthoff, Die Unabdingbarkeit des Tarifvertrages und der Betriebssatzung, in: Arbeitsrecht und Politik (herausgegeben von Ramm), Neudruck 1966, S.36f.

Lotmar auf die Regelung des § 399 BGB, da diese Vorschrift keine Ausnahme von dem § 137 BGB zugrunde liegenden allgemeinen Grundsatz ist, daß schuldrechtlichen Vereinbarungen keine absolute Wirkung zukommen kann; die Regelung des § 399 BGB stellt sich vielmehr nur als Inhaltsbestimmung einer Forderung dar[1].
Insoweit kann sich seine von dem Willen zur Hilfe getragene Lehre allein auf schuldrechtliche Kategorien berufen, die jedoch nicht geeignet sind, ohne gesetzliche Ermächtigung die Grundlage für die Unabdingbarkeit tariflicher Vereinbarungen zu bilden.

Trotzdem bedeutete die frühe systematische Darstellung und Bearbeitung der Tarifvertragslehre einen wertvollen Schritt und Impuls für das Arbeitsrecht.

VII. Die Bedeutung Lotmars und seiner Lehre

Das Gesamtwerk Lotmars ist von einer gewissen Widersprüchlichkeit gekennzeichnet. Diese deutet sich bereits in den beiden großen Themenkreisen, denen er sich widmete, das Pandektenrecht und das Arbeitsrecht, an. Auf der einen Seite verließ Lotmar die festgefahrenen Bahnen der Jurisprudenz seiner Zeit, indem er sich mutig des nicht beachteten Arbeitsrechts annahm, aber gleichzeitig blieb er seinem am Gemeinen Recht geformten Rechtsdenken verhaftet. So bedeutete sein gewandeltes methodisches Verhältnis zur "faktischen Umwelt" die teilweise Überwindung des methodischen Formalismus der Pandektenlehre, deren Nichtbeachtung der Wirklichkeit dazu geführt hatte, daß neue entstandene nicht gesetzlich geregelte Probleme innerhalb der Gesellschaft von der Rechtswissenschaft

---

1 Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.2, 3.-5.A., 1932, S.35; Hueck, Das Recht des Tarifvertrages, 1920, S.94 Anm.12 u. 13; Sinzheimer, Ein Arbeitstarifgesetz , 1916, S.104ff.

nicht gesehen wurden. Aber eine weitere innere Loslösung zugunsten einer teleologischen oder interessengemäßen Methodik vollzog er nicht.

So hat Lotmar trotz allen sozialpolitischen Engagements nicht die besondere Struktur und rechtliche Natur des Arbeitsrechts und des Arbeitsvertrages gesehen, wenn er auch - wohl beeinflußt durch die Nationalökonomen Brentano und Schmoller[1] - die besonderen Auswirkungen der Arbeitsverträge für die Lohnarbeiter zur Kenntnis genommen hat und hier helfen wollte.

Es ist bezeichnend für diese Uneinheitlichkeit, daß ihm der Blick für den Arbeitsvertragstatbestand durch die Systematik seines Arbeitsvertrages versperrt wurde, während er gleichzeitig ohne Bindung an eine vorgegebene gesetzliche Regelung die Unabdingbarkeit arbeitstariflicher Vereinbarungen allein mit den Mitteln des Schuldrechts zu begründen versuchte und damit seiner Zeit weit vorauseilte[2].

Trotzdem bedeutet der "Arbeitsvertrag" Lotmars den Beginn der Arbeitsvertragswissenschaft und begründet sein großes Verdienst[3]. Denn die nachfolgende Lehre profitierte in hohem Maße von Lotmars Arbeit, da sie, worauf immer wieder hingewiesen wurde[4], auf dem angesammelten Tatsachen- und Rechtsstoff aufbauen, an Begriff und System anknüpfen und die Lehre von den Grundformen und der Naturalvergütung[5] übernehmen konnte. Darüberhinaus entfachte

1 Vgl. Lotmar, Der Arbeitsvertrag, aaO., Bd.1, S.43ff.
2 aaO., Bd.1, S.773; Arch.f.soz.Ges.1900, Bd.15, S.1ff.; vgl. a. Potthoff, Die Unabdingbarkeit des Tarifvertrages und der Betriebssatzung, in Arbeitsrecht und Politik (herausgegeben von Ramm) 1924, Neuabdruck 1966,S.36.f.
3 Hueck-Nipperdey, aaO., Bd.1, S.1,86; Groh, Deutsches Arbeitsrecht, 1924, S.16; Matthai, Grundriß des Arbeitsrechts, 1923, S.88; Potthoff, AJZ 1927 S.1658; Herz, Jher Jb.,Bd.74, S.22; Molitor, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes (Hrsg. von Molitor, Hueck, Riezler) 1925, S.17.
4 Vgl. Weber, Arch.f.soz.Ges., Bd.17 (1902), S.723; Liebknecht, Die neue Zeit, Bd.21, 2.Hbl.,1903,S.333; Oppermann, Arbeitsrecht XII, S.268.
5 Vgl. Lotmar, Der Arbeitsvertrag, aaO., Bd.1., S.654 f.

der Arbeitsvertrag eine Impulswirkung, deren Ausmaß nicht hoch genug eingeschätzt werden kann[1].
Lotmars Name wird deshalb für immer an der Spitze einer Entwicklung der Privatrechtsgeschichte dieses Jahrhunderts stehen, die Wieacker als eine der großen Leistungen der Rechtswissenschaft dieser Zeit bezeichnet hat, nämlich der Bildung des Arbeitsrechts[2].
Erst durch die Arbeiten Lotmars ist der Zivilistik in vollem Maße dieses Thema zum Bewußtsein gekommen, und es wurde der unerträgliche Zustand beendet, daß die Rechtswissenschaft sich eines der wichtigsten gesellschaftlichen Probleme nicht annahm.

4. Kapitel Der Arbeitsvertrag nach Otto von Gierke

Otto von Gierke darf man wohl zusammen mit Lotmar als den Vater der modernen Arbeitsvertragslehre bezeichnen. Während Lotmars Anliegen die begriffliche und systematische Bestimmung und Einordnung des Arbeitsvertrages war, bemühte sich Gierke mehr, seine Funktion und besondere rechtliche Struktur darzustellen.

Gierke, der nahen Kontakt zu Lujo Brentano hatte[3], war mit den sozialen Sorgen seiner Zeit als Mitglied des Vereins für Sozialpolitik und Anhänger der Ideen Friedrich Naumanns und der christlich-sozialen Bewegung wohl vertraut[4]. Er hatte die Überzeugung gewonnen, daß nur ein soziales Recht die mangelnde Integration der Arbeiter in den neuen Staat beseitigen und dessen Identität mit den Bürgern sichern konnte[5].

---

1 unverständlich kritisch dagegen Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S.2.
2 Wieacker, Privatrechtsgeschichte, aaO., S.549.
3 Vgl. Isele, Die Bedeutung Otto v.Gierkes für das moderne Arbeitsrecht, in: Festschrift für Maridakis, 1963,S.287.
4 Isele, aaO.,S.287; Wolf, Große Rechtsdenker,aaO.,S.675,701.
5 Vgl. Wolf, aaO., S.674.

Nachdem Gierke mit der Bearbeitung des "Deutschen Privatrechts" in Bindings Handbuch von der Vollendung seines "Deutschen Genossenschaftsrechts"[1] Abstand genommen und sich dem Recht der Gegenwart zugewandt hatte, skizzierte er zum erstenmal in seiner Kritik zum Entwurf des BGB 1889 seine Lehre vom Arbeitsvertrag[2] die zur späteren Erweiterung der dienstvertraglichen Regelung um die sozialrechtlichen Vorschriften geführt hat[3]. Nach dem Inkrafttreten des BGB präzisierte er seine Lehren in dem dreibändigen Privatrecht[4] und einigen anderen Arbeiten[4a].

I. Die Lehre über den Arbeitsvertrag

Nach Gierke ist der "Dienstvertrag entgeltlicher Arbeitsvertrag, dessen Gegenstand die Leistung von Arbeit bildet"[5]. Sie ist Betätigung der freien Persönlichkeit[6], da die Arbeitsleistung von der Person des Dienstverpflichteten nicht getrennt werden kann[7].
Dieses Arbeitsverhältnis bezeichnet Gierke als persönliches Herrschaftsverhältnis, als ein Verhältnis von Herr zu Diener. Denn der Dienstverpflichtete ist dem Arbeitgeber persönlich zur Arbeit verpflichtet, und dieser kann damit über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers verfügen und dessen Tätigkeit nach seinem Willen leiten[8].

---

1 Vgl. zur Entstehung: Wolf, aaO., S.676ff.
2 Vgl. S.21 Anm.4; aber auch: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889.
3 Vgl. S.21.
4 Deutsches Privatrecht, Bd.1, Allgemeiner Teil und Personenrecht, 1895; Bd.2, Sachenrecht, 1905; Bd.3 Schuldrecht, 1917.
4a Die Wurzeln des Dienstvertrages, in: Festschrift für Heinrich Brunner, 1914; Dauerschuldverhältnisse, Jher.Jb. Bd.64, S.355ff.
5 Deutsches Privatrecht, Bd.3, S.590.
6 Die Wurzeln des Dienstvertrages, aaO., S.[illegible]8; Deutsches Privatrecht, aaO., Bd.3, S.5[illegible]0.
7 Die Wurzeln des Dienstvertrages, aaO., S.[illegible]6.
8 aaO., S.55,56; Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches..., aaO., S.194; Deutsches Privatrecht, aaO., Bd.3, S.609.

Dieses die Person des Dienstverpflichteten erfassende Herrenrecht entfaltet in der Obligation personenrechtliche Elemente[1], die verstärkt werden, wenn der Arbeitnehmer beim Vollzug der Arbeit als dienendes Glied einer herrschaftlich geleiteten Gemeinschaft eingefügt ist[2]. Denn durch den Arbeitsvertrag, dessen Funktion die Organisation der Arbeit ist[3], werden die Arbeitnehmer in der Hausgemeinschaft, in gewerblichen oder geschäftlichen Unternehmen einem monarchisch organisierten Ganzen unterstellt, dessen Funktion einerseits durch autoritäre Leitung gesichert werden muß[4] und das andererseits als personenrechtliche Gemeinschaft eine Intensivierung der durch Treue und Fürsorgepflichten gekennzeichneten personenrechtlichen Beziehungen bedeutet[5].

II. Die historischen Wurzeln des Arbeitsvertrages

Das Institut des Arbeitsvertrages ergibt nach Gierke sich aus dem Wesen des Dienstvertrages als dem sich in geschichtlicher Kontinuität erhaltenen deutschrechtlichen Treudienstvertrag[6]. Dieser war im Mittelalter ein Vertrag des Personenrechts zwischen dem Gefolgsmann mit dem Gefolgsherrn, der als unselbständige Bestandteile auch die Elemente des Dienstvertrages neben der Fülle der Rechte und Pflichten, die sich aus der Selbsthingabe in fremde Hand unter Vorbehalt der Freiheit gegen Zusage dauernden Schutzes und Unterhalt ergaben, enthielt. Mit wachsender Verbreitung erfüllte dieser Vertrag dann die Funktion eines Dienstvertrages schuldrechtlicher Natur,

---

1 Die soziale Aufgabe des Privatrechts, aaO., S.25.
2 Die Wurzeln des Dienstvertrages, aaO., S.56; Deutsches Privatrecht, aaO., Bd.3, S.609; Bd.1, S.698.
3 aaO., Bd.1, S.593.
4 Die Wurzeln des Dienstvertrages, aaO., S.57.
5 Deutsches Privatrecht, aaO., Bd.3, S.609; Der Entwurf eines bürg-erlichen Gesetzbuches..., aaO., S.105.
6 Deutsches Privatrecht, aaO., Bd.3, S.593ff.; Die Wurzeln des Dienstvertrages, aaO., S.40.

als Arbeit und Entgelt die Primärpflichten wurden, ohne daß damit der personenrechtliche Inhalt verloren gegangen wäre. Nur war diese personenrechtliche Über- und Unterordnung nicht mehr Grund, sondern Folge des Dienstverhältnisses[1].
Diese deutschrechtlichen Gedanken haben sich in den Sonderrechten bis in das 19.Jahrhundert gehalten, so daß nach diesem Vorbild der Dienstvertrag des BGB geschaffen werden konnte[2]. Wenn auch das BGB nicht den gesamten deutschrechtlichen Inhalt im Dienstvertragsrecht erfaßt hat, so ist doch das Wesen des Dienstvertrages im Zusammenhang mit allen sonderrechtlichen Normierungen, die den Arbeitsvertrag betreffen, zu erschließen, in dem "auf Kosten der Vertragsfreiheit die berufsorganisatorische Funktion des Dienstvertrages sein Persönlichkeitswert und seine Vergemeinschaftungskraft zu machtvoller Geltung gekommen sind"[3].

III. Gierkes Gemeinschaftsordnung und deren Wirkung auf das Recht

Gierkes Auffassung vom Arbeitsvertrag ist nur ein Mosaikstein aus seiner Auffassung über die Gemeinschaftsordnung, auf die zum Verständnis kurz einzugehen ist.
Die Gesellschaft, die nach genossenschaftlichem Vorbild zu gestalten ist, begreift er als personenrechtliche Gemeinschaft, welche das Fürsichsein der Individuen in einem bestimmten Bereich überwindet und durch Verbundenheit ersetzt. Dabei zerstört die Gemeinschaft nicht die Persönlichkeit als solche, sie ergreift vielmehr den Einzelnen und stellt ihn in einen rechtlich geordneten Zusammenhang[4].

---

1 Deutsches Privatrecht, aaO., Bd.3, S.596f; Die Wurzeln des Dienstvertrages, aaO., S.50.
2 Deutsches Privatrecht, aaO., Bd.3, S.589; Die Wurzeln des Dienstvertrages, aaO., S.53.
3 aaO., S.53; Deutsches Privatrecht, aaO., Bd.3,S.596f.
4 Wolf, aaO., S.678.

Die Persönlichkeit versteht Gierke als konkrete Wertindividualität, deren Wurzeln in christlicher Moralanschauung und mittelalterlich germanischen Vorstellungen zu finden ist[1].
Wie nun die Einzelnen als Glieder der Gemeinschaft in ihrem personalen Sein abhängig sind, so ist es umgekehrt die Gemeinschaft durch ihre personalen Glieder[2]. Es ist die Idee der gebundenen dem Ganzen verantwortlichen Freiheit[3], wobei diese Interdependenz nicht allein zwischen dem Einzelnen und den Gliedgemeinschaften bzw. dem Gesamtverband, sondern auch zwischen den Gliedgemeinschaften und der Gesamtgemeinschaft besteht.

Diesen geistig sittlichen Organismus[4] einer genossenschaftlich bestimmten Gesellschaft legt Gierke seiner Lehre vom Recht zu Grunde. Von hier aus erhebt er seine Kritik an dem aus liberalen Vorstellungen geborenen individualistischen Privatrecht und die Mahnung, die sozialen Aufgaben nicht allein den "Spezialgesetzen" zu überlassen[5]. Er bemühte sich, die Notwendigkeit der Harmonisierung des privaten und öffentlichen Rechts aufzuzeigen[6], und durch die Lehre von der Gebundenheit der privaten Rechte auch die Bedeutung des Privatrechts für die Lösung der sozialen Frage herauszustellen[7]. Er faßt sein Bemühen mit den Worten zusammen: "In unser öffentliches Recht muß ein Hauch des naturrechtlichen Freiheitsraumes wehen und in unser Privatrecht muß ein Tropfen sozialistischen Öls"[8].

---

1 Gurvitsch, Otto v.Gierke als Rechtsphilosoph, Logos Bd.11 (1922) S.105; Wolf, aaO., S.679, 702; Schultze Jher.Jb. Bd.73, S.VII; Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2.Buch, 1.Abt., 1951, S.157.
2 Wolf, aaO., S.680; Boehmer, aaO., S.157; Gurvitsch, aaO., S.101.
3 Isele, aaO., S.291.
4 Gurvitsch, aaO., S.99.
5 Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, aaO.,S.5.
6 Wolf, aaO., S.699ff.; Schultze, aaO., S.IV; Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, aaO., S.4,5.
7 aaO., S.13ff.; Boehmer, aaO., S.157; Sinzheimer, Arbeitsrecht IX S.2f.
8 Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, aaO.,S.10.

Die Not der Arbeiter sieht Gierke deshalb als Folge der formalen Rechtsgleichheit und ungebundenen Freiheit, die "zum Mittel der Unterdrückung des Einen durch den Anderen, der schonungslosen Ausbeutung geistiger und wirtschaftlicher Übermacht" wird[1].
Um diesen Zustand zu beseitigen, forderte er eine Betonung der personenrechtlichen Seite des Dienstvertrages, da die rechtlichen Vorschriften, die das funktionale Zusammenwirken der Individuen regeln, sich am Begriff der Persönlichkeit orientieren müssen[2]. Gleichzeitig fordert er auf Grund des personenrechtlichen Charakters des Arbeitsvertrages rechtliche Schutzvorschriften zugunsten der Arbeitnehmer[3].

IV. Auseinandersetzung mit Gierkes Lehre vom Arbeitsvertrag

Gierkes Arbeitsvertrag, der die moderne Lehre stark beeinflußt hat[4], unterscheidet sich zunächst von Lotmars Arbeitsvertrag dadurch, daß der Umfang des Instituts nicht mehr identisch ist mit dem Vertrag über Arbeit gegen Entgelt, ja nicht einmal mit dem Dienstvertrag. Wenn auch bei Gierke noch nicht die schon bald anzutreffende klare dogmatische Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom Dienstvertrag sichtbar geworden ist, so läßt er doch keinen Zweifel daran, daß der Arbeitsvertrag, also der Vertrag mit seinen personenrechtlichen Elementen, immer davon abhängig ist, daß es sich nicht um Arbeitsleistungen handelt, die nur auf "lose und vorübergehende" Verbindungen gerichtet sind[5]. Hiermit wird die unterschied-

1 aaO., S.23; vgl.a. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Reich, aaO., S.23.
2 Die soziale Aufgabe des sozialen Privatrechts, aaO., S.25.
3 Die Wurzeln des Dienstvertrages, aaO., S.62ff.
4 Vgl. unten S. 96, 98, 100.
5 aaO., S.25; Deutsches Privatrecht, aaO., Bd.3,S.599,609.

liche Struktur des Arbeitsvertrages zum selbständigen Dienstvertrag deutlich, wie sie Gierke erkannt und seiner Lehre zu Grunde gelegt hat[1].

Fraglich erscheint jedoch, ob er mit der Klassifizierung dieses Arbeitsverhältnisses als "Herrschaftsverhältnis", "Herrenrecht" oder "Gewaltverhältnis" eine zutreffende Charakterisierung vorgenommen hat. Wenn diese Begriffe auch durch ihre historische Ableitung beeinflußt sind, so kann doch nicht übersehen werden, daß die aus der Feudalzeit stammenden Inhalte im Widerspruch zum modernen menschlichen Freiheitsanspruch stehen. Insbesondere kann die Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis diese begriffliche Erfassung nicht rechtfertigen, da nach Gierkes eigener Lehre der "Herrschaftsanspruch" des Arbeitgebers durch die Persönlichkeit des Arbeitnehmers, also durch den personenrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrages begrenzt wird, so daß keinerlei unkontrollierte und unbeschränkte Gewaltbefugnis des Arbeitgebers entstehen kann, die diese Bezeichnung begründen könnte[2].

Die große Bedeutung der Arbeitsvertragslehre Gierkes liegt dagegen vor allem in der Herausarbeitung der besonderen rechtlichen Natur dieses Instituts, die sich aus dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ergibt. Ausgehend von dem besonderen Phänomen des wirtschaftlichen Verbandes, von dessen Notwendigkeit Gierke überzeugt war und dessen rechtliche Zukunft er in einer genossenschaftlich-mitbestimmten Betriebsverfassung sah[3], wußte er, daß die erforderliche autoritäre Leitung eines Betriebes, eines Haushalts oder allgemein eines Geschäftes

---

1 unrichtig deshalb Nikisch, Jher.Jb. Bd.80, S.127.
2 Staudinger-Nipperdey, Kommentar zum BGB, aaO., § 611 Nr.I 3 c; vgl. Ramm, die Anfechtung des Arbeitsvertrages, 1955, S.22f.
3 Die soziale Aufgabe des Privatrechts, aaO., S.10ff.; vgl. auch: Wieacker, Privatrechtsgeschichte, aaO.,S.455.

oder Gewerbes nach einer stärkeren Berücksichtigung der persönlichen Interessen des Arbeitnehmers verlangte. D.h., gerade die intensive Beanspruchung und Unterordnung des Dienstverpflichteten im Arbeitsvertrag muß zur Wahrung der Person des Betroffenen zu einem besonderen rechtlichen Schutz führen, indem das Arbeitsvertragsrecht die Persönlichkeit des Arbeitnehmers in den Mittelpunkt seiner Regelung stellt.

Während Lotmar nur die tatsächlichen Gefahren für die Lohnarbeiter gesehen, sie aber nicht dogmatisch berücksichtigt hat, gelangt Gierke durch die Betonung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers - im Gegensatz zum schuldrechtlichen Verkehrsrecht - zu einem personenrechtlichen Arbeitsvertrag, der durch besondere Treue- und Fürsorgepflichten gekennzeichnet ist.

Wenn nun auch die historische Ableitung dieses Vertrages, wie sie von Gierke dargelegt worden ist, zweifelhaft[1] erscheint, so bedeutet jedoch die Lehre von der Persönlichkeitsbezogenheit des Arbeitsvertrages den entscheidenden Schritt für die notwendige Differenzierung innerhalb des Dienstvertragsrechts und seiner besonderen inneren Gestaltung[2].

Aber über den Arbeitsvertrag hinaus hat Gierke mit seiner Idee der Gemeinschaftsordnung genossenschaftlicher Prägung ein Sozialmodell entworfen, das in der späteren Entwicklung des Privatrechts Anklänge gefunden hat[3]. Es war dies die Erkenntnis, daß die dem BGB zugrunde liegenden liberalen Wertvorstellungen durch sozialrechtliche Tendenzen verdrängt wurden. Schon früh ist damit ein sozialutopischer Entwurf bedeutenden Ranges für das noch heute aufgegebene Problem des Verhältnisses der Gesellschaft zum Einzelnen vorgelegt worden[4].

1 Vgl. Conrad, Otto v.Gierke, in: Staatslexikon, Bd.3, 6.A., S.967; Gierke, Recht und Sittlichkeit, Logos Bd.6,S.258f.; Schultze, aaO., S.XXVIII ff.; kritisch dazu: Staudinger-Nipperdey, Kommentar zum BGB, aaO., § 611 Nr.I 3 c; Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, 1926, S,128f. und Iher.Jb. Bd.80,S.25.

2 Sinzheimer, Arbeitsrecht IX, S.1ff.; Isele, aaO.,S.290.

3 Vgl. Gierkes Einfluß auf den Tarifvertrag bei Sinzheimer, Arbeitsrecht, IX, S.4 und Isele, aaO., S.290

4 Vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, aaO., S.454,455 und Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft,1953, S.25; Wolf, aaO.,S.707f.; Boehmer, aaO.,S.157; Gurvitsch, aaO.,S.131,132.

5. Kapitel Die Arbeitsvertragslehre nach dem 1. Weltkrieg

Trotz der begrifflichen Bestimmung des Arbeitsvertrages, seiner systematischen Darstellung und vor allem der kommentarischen Sammlung und Sichtung allen Materials, das den Arbeitsvertrag betraf, durch Lotmar wurde seine Arbeitsvertragslehre nach dem 1.Weltkrieg nicht kontinuierlich fortgesetzt. Vielmehr traten auf Grund der Fortentwicklung des übrigen Arbeitsrechts andere Aspekte in den Vordergrund, so daß das Werk Lotmars mehr und mehr in Vergessenheit geriet. Auf Grund dieser Entwicklung ist es erforderlich, die Lehre vom Arbeitsvertrag nach dem 1.Weltkrieg gesondert darzustellen, wobei wiederum zuvor die grundlegenden gesellschaftlichen Veränderungen skizzenhaft anzudeuten sind.

I. Grundlagen

Das Bild dieser neuen Epoche wurde geprägt durch eine erweiterte arbeitsrechtliche Gesetzgebung und ein verändertes Verhältnis der Rechtswissenschaft zum Arbeitsvertragsrecht. Die Tatsache, daß die Arbeiterklasse der Hauptträger des politischen Umsturzes war und die Sozialdemokratie nach der Revolution sich an der Regierung beteiligte, führte dazu, daß für die gesetzliche Ausgestaltung des Arbeitsrechts eine fruchtbare Phase begann[1]. Dabei bedeutete der Verzicht auf eine Sozialisierung der Wirtschaft[2], daß die bereits im Kaiserreich begonnene sozialreformerische Korrektur der liberalen Ordnungskonzeption durch Weiterentwicklungen des Arbeiterschutzes

1 Kübler, JZ 1969, 646; vor allem Heiber, Die Republik von Weimar, 1966.
2 Vgl. Heiber, aaO., S.

und der Etablierung des kollektiven Arbeitsrechts fortgesetzt werden konnte. Diese Veränderungen wirkten auch auf den Arbeitsvertrag, den die Gesetzgebung ansonsten nicht weiter umgestaltete.

1. Die arbeitsrechtliche Gesetzgebung

Die gesetzlichen Veränderungen begannen mit der Anerkennung der Gewerkschaften 1916[1] und der Einführung der obligatorischen Arbeiter-, Angestellten- und Schlichtungsausschüsse[2]. Die Anwendung des Reichsvereinsgesetzes auf die Verbände der Sozialpartner entfiel im gleichen Jahre, und 1918 wurde die diskriminierende Bestimmung des § 153 GewO aufgehoben[3].
Auf dem Verordnungswege wurden weiter neue Bestimmungen für die Arbeitszeit und die Erwerbsfürsorge erlassen[4]. Die Tarifvertragsverordnung vom 23.12.1918[5] führte die unmittelbare und zwingende Wirkung der kollektiven Arbeitsverträge sowie die Betriebsvertretungen ein[6]. Die Grundlagen der Wirtschaftsverfassung fixierte dann die Weimarer Verfassung. Mit der Eigentumsfreiheit in Art. 152 WV, der Vertragsfreiheit in Art.153 WV und der Testierfreiheit in Art.154 WV blieben die Säulen der liberalen Wirtschaftsverfassung erhalten. Art.151 WV legte aber fest, daß "die Ordnung des Wirtschaftslebens den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins entsprechen" soll.
In Art.157 WV wurde die Arbeitskraft unter den besonderen Schutz des Reiches gestellt und die Schaffung eines ein-

---

1 Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.1, 1.A., 1928, S.21.
2 aaO., S.21.
3 aaO., S.21; Loewenfeld, Arbeitsrecht VI, S.3ff.
4 Hueck-Nipperdey, aaO., S.22.
5 aaO., S.22.
6 aaO., S.22.

heitlichen Arbeitsrechts versprochen.
Art.159 WV gewährleistete die Koalitionsfreiheit und Art.165 WV rief Arbeiter und Angestellte auf, gleichberechtigt mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung mitzuwirken. Hierfür sollten Betriebs-, Bezirks- und Reichsarbeiterräte gebildet werden. Hinsichtlich der Betriebsräte wurde diese Forderung durch das Betriebsrätegesetz von 1920 erfüllt, das mit dem Arbeitsgerichtsgesetz von 1926[1], durch das die Rechtsprechung vereinheitlicht wurde, und weiteren Verbesserungen im Arbeitnehmerschutzrecht[2] den Schlußpunkt in dieser gesetzgeberischen Phase bildete.

2. Die Entstehung der Arbeitsrechtswissenschaft

Die Folge dieser Arbeitsrechtsgesetzgebung und der Aufwertung des Arbeitsrechts durch die verfassungsrechtlichen Positivierungen führte im Bereich der Rechtswissenschaft dazu, daß das Arbeitsrecht mehr in den Blickpunkt des rechtswissenschaftlichen Interesses rückte. So erschien eine Fülle arbeitsrechtlicher Literatur, es entstanden erste arbeitsrechtliche Lehrbücher und Zeitschriften[3], und an den Universitäten wurde die Arbeitsrechtsvorlesung zum festen Bestandteil der Lehre[4]. Ebenso setzten sich

1 aaO., S.22; vgl.a. die 6.A., Bd.1, S.17.
2 Vgl. i.e. Hueck-Nipperdey, aaO., Bd.1, 6.A., S.17,18.
3 Vgl. z.B. Kaskel, Das Neue Arbeitsrecht, 1921; Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts, 1922; Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, 1923; Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923; Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht, 1926; Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1927; Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.1, 1928.
NZfAR, herausg. von Dersch, Kaskel, Sitzler und Syrup, 1.Jg. 1921; Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, 1.Jg. 1921.
4 Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht, 1926, S.10; Vgl. hierzu auch: Potthoff, Probleme des Arbeitsrechts, 1912, S.7.

die Juristentage mit dem Arbeitsrecht auseinander[1]. Diese Entwicklung macht in formaler Hinsicht deutlich, daß das Arbeitsrecht sich als ein besonderes Rechtsgebiet vom bürgerlichen Recht zu trennen begann und zu einer selbständigen Disziplin wurde[2], zu der natürlich auch die Lehre vom Arbeitsvertrag gehörte.

Gefördert wurde dabei das allgemeine Interesse durch den in Erfüllung des Art.157 Abs.2 WV erfolglos gemachten Versuch, ein Arbeitsgesetzbuch zu schaffen. Der Entwurf[3], der von einem vom Reichsarbeitsministerium[4] eingesetzten Ausschuß erarbeitet wurde[5], hat eine breite Diskussion hervorgerufen[6].

II. Die Entwicklung der Arbeitsvertragslehre

Die Entwicklung der Arbeitsvertragslehre nach dem 1. Weltkrieg war, obwohl der Arbeitsvertrag gesetzlich nicht neu gefaßt oder wesentlich verändert worden war, von großer Bedeutung, da der Begriff des Arbeitsvertrages, seine Struktur und systematische Einordnung neu bestimmt wurden. Gefördert wurde dieser Prozeß dabei weitgehend

---

1 Vgl. Dersch, NZfAR 1921, S.245; Siefart, NZfAR 1921, S.262.
2 Vgl. Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S.2; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.1, 6.A., 1959, S.20.
3 RArbB AT 1923, S.498ff.
4 Zu dieser Zeit war auch das Ministerium organisatorisch verselbständigt worden: vgl. Kaskel, DJZ 1919, S.621.
5 Vgl. zur Entstehungsgeschichte: Siefart, NZfAR 1921, 262.
6 Aubels, LZ 1925, Sp.712; Hueck, Jher.Jb., Bd.74, S.358 und RArbB NAT 1924, S.260; DJZ 1924, Sp.437; Melsbach, RArbB NAT 1920, S.845; Richter, RArbB NAT 1924, S.230; Kaskel, DJZ 1919, S.621; Silberschmidt, Gew. u. Kfm. Ger., Bd.19, S.185.

durch die bereits erwähnten Diskussionen über das neu zu schaffende einheitliche Arbeitsvertragsgesetz.

1. Die Grundzüge der Entwicklung

Die Entwicklung der Lehre und Rechtsprechung über den Arbeitsvertrag in dieser Zeit wurden beherrscht durch fundamentale Auseinandersetzungen über den Begriff und die rechtliche Natur des Vertrages. Um den Zusammenhang des Ganzen aufzuzeigen und das Verständnis der einzelnen Vertragslehren zu erleichtern, ist es erforderlich, die Grundzüge der Entwicklung voranzustellen.

Ausgangspunkt der Arbeitsvertragslehre blieb der abstrakt-formale Begriff des Arbeitsvertrages, wie ihn Lotmar geprägt hatte. Mit Oertmann[1], Planck[2], Adler[3], Baum[4] und Lehmann[5] fand er vorübergehend auch in der Literatur breitere Anerkennung. Mit der Entstehung des modernen Arbeitsrechts verschob sich aber die Betrachtungsweise, durch die der Arbeitsvertrag vom neu entstehenden Arbeitsrecht her bestimmt wurde.
Mit Silberschmift[6], dem Nußbaum gefolgt ist[7], wurde zwar noch einmal vom Tatbestand her Lotmars Begriff im wesentlichen aufrechterhalten, doch wurde er in der folgenden Zeit von der Lehre nur als Rahmen, "Arbeitsvertrag im weiteren Sinne", anerkannt, innerhalb dessen der "Arbeitsvertrag im engeren Sinne" oder der eigentliche Arbeits-

---

1 Kommentar z.BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 3.u.4.A., 1910, Vorbem.1 a vor § 611.
2 Kommentar z. Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.2, 1.u.2.Hälfte, 4.A., 1928, S.945.
3 Adler, Wörterbuch der Volkswirtschaft, Bd.1, 2.A., 1906, S.215.
4 Recht des Arbeitsvertrages, 1911, S. 2,4.
5 Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.I 2, 15.-17.A., 1922, S.423.
6 Vgl.S. 87 unten.
7 Das Neue Dt.Wirtschaftsrecht, 2.A., 1922, S.91.

vertrag als Vertrag über abhängige Arbeit zu bestimmen ist[1]. Ein Grund für diese Entwicklung war auch, daß die Gesetzgebung den weiten Begriff Lotmars nicht aufgegriffen hatte.

Mit den wenn auch untereinander differierenden Begründungen dieses Begriffes durch Hueck, Kaskel, Oertmann, Sinzheimer und Potthoff, die die Pioniere des modernen Arbeitsrechts wurden, hatte sich der moderne Begriff des Arbeitsvertrages durchgesetzt und fand auch in der übrigen Literatur überwiegend Anerkennung[2].

Gestritten wurde aber weiter über die genauere Bestimmung der Unselbständigkeit des Arbeitnehmers und der Abgrenzung zu den "selbständigen" Dienstverträgen sowie über die rechtliche Natur des Vertrages.

Von der Abgrenzung des Handlungsgehilfen zum selbständigen Handlungsagenten boten sich bereits die Abgrenzungskriterien der Gehorsamspflicht und der Einordnung in einen bestehenden wirtschaftlichen "Organismus"[3] an. Von hier aus gingen dann auch die beiden Hauptrichtungen der Lehre aus.

Die eine Theorie bestimmte die Unselbständigkeit des Arbeitnehmers von der Einordnung in den Betrieb des Arbeit-

---

1 Groh, Deutsches Arbeitsrecht, 1924, S.16; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.1, 1928, S.86,87; Kaskel, Arbeitsrecht, 1925, S.46; Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923, S.2; Staudinger-Nipperdey, Kommentar zum BGB, aaO, § 611 I 1 b; Stier-Somlo, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd.1, 1926, S.292ff.; Dersch, Betriebsrätegesetz, 6.A., 1923, § 10 Anm.3; Matthai, Grundriß des Arbeitsrechts, 1923, S.90, Potthoff, Wörterbuch des Arbeitsrechts, 1920, S.27.

2 Schaeffer, Scherbarth, Herschel, Arbeitsrecht, 1929, S.75; Stier-Somlo, aaO., S.293; Groh, Deutsches Arbeitsrecht, aaO., S.16; die weiteren Nachweise ergeben sich aus den folgenden Anmerkungen.

3 Baum, Der Dienstvertrag der kaufmännischen Angestellten, in: Der Dienstvertrag der Privatangestellten, 1908, S.9; Schmidt-Rimpler, Der Handlungsagent, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd.5, 1.Abt., 1.Hälfte, 1926, S.24; Titze, Das Recht des kaufmännischen Personals, 1918, S.7; vgl. auch Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Bd.1, 3.A., 1930, S.541, 669; Staub, Kommentar zum HGB, Bd.1, 10.A., 1920, und 6.u.7.A., 1900, § 84 Anm.5.

gebers als alleiniges[1] oder aber doch als wesentliches Merkmal[2], wobei die betriebliche Zugehörigkeit auch durch die Bezeichnung des Arbeitsverhältnisses als Anstellungsvertrag[3] oder Dienstverhältnis ausgedrückt wurde.
Mit Potthoffs Organisationsverhältnis wurde auch der Versuch gemacht, den Individualvertrag zu überwinden und den Arbeitsvertrag als kollektiven Vertrag außerhalb des Schuldrechts zu erfassen[4].
Der andere Zweig der Lehre sah das Unterscheidungsmerkmal zum selbständigen Dienstvertrag in der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers, teilweise auch als Willensunterworfenheit bezeichnet[5], die aus der Gehorsamspflicht resultiere[6]. Zusätzlich stellten Autoren auch noch oder nur[7] auf die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers ab[8], wie es auch zeitweilig die Rechtsprechung gemacht hat[9].

Gegen Ende der zwanziger Jahre brach dann die Debatte über diese Probleme ab und wandte sich den Fragen der Eingliederungstheorie von Nikisch zu, die ihrem Schwerpunkt gemäß in der nächsten Phase der Arbeitsvertragslehre darzustellen ist.

---

1 Vgl. Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb, 1929.
2 Oertmann, vgl. unten S.105; Kreller AcP, Bd.122,S.3; Bail, Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, 1912, S.20; Titze, Recht der Schuldverhältnisse, 3.A., 1928, S.110; Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S.53,54; Nikisch, vgl. unten S.102;
3 Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S.53,54; Nikisch, s.unten S.102; Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd.1, 7.A., 1922, S.597.
4 Vgl. unten S. 92;
5 Sinzheimer, s.unten S. 97; Rosenstock, JW 1922,S.560.
6 Vgl. Hueck, Kaskel, Oertmann, Nipperdey. i.e.unten; Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages, 1925, S.111; vgl. Richter, S.90; Oppermann, AR XIII (1926) S.36.
7 Melsbach, S.100 unten.
8 S.106 Anmerkung 2.
9 Vgl. S.111 unten.

2. Der Arbeitsvertrag nach Silberschmidt

Ebenso wie Lotmar erfaßte Silberschmidt, der einer der eifrigsten Sachwalter der neuen Disziplin wurde, den Arbeitsvertrag als schuldrechtlichen Vertrag, dessen Gegenstand die Verpflichtungen zur Leistung von Arbeit und Entgelt sind[1]. Aber während Lotmar den Begriff formal aus den verschiedenen gesetzlichen Normierungen abstrahierte, bestimmte Silberschmidt den Vertrag von seinem Regelungsgegenstand, dem Tatbestand der Arbeit her. Er knüpfte dabei an Endemanns volkswirtschaftlich gefärbte Vorstellungen an[2] und begründete den Umfang des Instituts aus der gesellschaftlichen Bedeutung der Arbeit, die Quelle aller Sachwerte sei, da Sachvermögen erst durch Arbeit geschaffen werde und sich jeder Sachwert als gespeicherte Energie darstelle[3]. Demzufolge sei der Arbeitsvertrag, da Arbeit Überwindung von Widerständen durch menschliche Kraft sei[4], systematisch im Bereich des Energierechts einzuordnen[5]. Innerhalb des Energierechts sei aber der Schutz der Arbeit rangmäßig entsprechend Art.157 WV über den Schutz des Vermögens zu setzen[6].

Von diesem Tatbestand aus ergebe sich dann, daß die Entgeltleistung kein wesentliches Element des Vertrages sei[7], während im übrigen alle gesetzlich geregelten Typen des Arbeitsvertrages, also auch Dienst- und Werkvertrag[8], mit Ausnahme der Verträge über Arbeit, die in das Anwendungsgebiet des Handelsgesetzbuchs fallen[9], von dem Begriff erfaßt würden.

Eine Beschränkung des Arbeitsvertrages auf den Vertrag über abhängige Arbeit lehnte Silberschmidt ab, da eine

---

1 Deutsches Arbeitsrecht, 1926, S.12.
2 RuW 1921, S.240; Dt.Arbeitsrecht, aaO., S.39.
3 Dt.Arbeitsrecht, aaO., S.8f.; RArbB NAT 192o, S.704.
4 Dt.Arbeitsrecht, aaO., S.7; JW 1923, 222.
5 Unter dem Begriff "Energierecht" verstand Silberschmidt im Wortsinn alle Vorschriften, die mit Energie oder Kraft befaßt sind: vgl. Dt.Arbeitsrecht, aaO., S.50; RArbB NAT 1920, S.704.
6 Dt.Arbeitsrecht, aaO.,S.18; JW 1923,222; RArbB NAT 1920, S.705.
7 Dt.Arbeitsrecht, aaO., S.12.
8 aaO., S.15.
9 aaO., S.24.

genaue Abgrenzung zwischen abhängiger und unabhängig geleisteter Arbeit nicht möglich sei[1]. Denn jede schuldrechtliche Verpflichtung bedeute eine Unterordnung des Willens unter den Berechtigten und führe damit zu einer gewissen Abhängigkeit[2]. Auch ließen sich keine tatsächlichen Unterschiede aufzeigen, die eine so gravierende Trennung rechtfertigten[3].

Die rechtliche Natur des Arbeitsvertrages werde durch seine Eigenschaft als Dauerschuldverhältnis mit personenrechtlichem Einschlag bestimmt.
Der Arbeitsvertrag sei Dauerschuldverhältnis, weil die Leistung von Arbeit eine gewisse Zeit in Anspruch nehme[4]. Diese längere Zeit in Anspruch nehmende Beziehung begründe die personenrechtliche Natur des Arbeitsvertrages. Ein Schuldverhältnis sei nämlich die rechtliche Sonderverbindung unter Privaten zu bestimmtem sozialen Zusammenwirken[5], das bei dauernden Rechtsverhältnissen, wie z.B. bei Miete und Pacht, zu wirtschaftlichen Interessenverknüpfungen führe, die sich zu personenrechtlichen Elementen verdichteten[6]. Insoweit stehe der Arbeitsvertrag auch der Gesellschaft nahe[7]. Gesteigert werde die personenrechtliche Beziehung bei einem Eintritt des Arbeitnehmers in einen Betrieb auf Grund der sich ergebenden Betriebsverbundenheit[8].

Silberschmidts Lehre vom Arbeitsvertrag ist durch die Festlegung auf den einheitlichen Arbeitsbegriff beherrscht. Dabei ergab die Einordnung des Arbeitsrechts in den Bereich des Energierechts einen widersprüchlichen

---

1 JW 1923, 222f.
2 Arbeitsrecht 1923, 415; LZ 1927, 289.
3 JW 1923, 222; Arbeitsrecht 1923, 415.
4 Dt.Arbeitsrecht, aaO., S.7; JW 1923, 222.
5 JW 1923, 222.
6 JW 1923, 222f.; Dt.Arbeitsrecht, 1926, S.20.
7 JW 1923, 222.
8 JW 1923, 223.

Grundakzent, da der besondere Charakter des Arbeitsrechts, der von der eigenartigen Einbeziehung der Person des Arbeitnehmers in den Vertrag herrührte, schwerlich zu vereinbaren war mit der vorgenommenen Verbindung zum Energierecht, die modernen Vorstellungen von der Person und Würde des Menschen widersprach.
Aber abgesehen davon führte die Vorstellung Silberschmidts, jede Art von Arbeit im Arbeitsrecht und Arbeitsvertrag einheitlich zu erfassen, dazu, daß er die gravierenden Unterschiede zwischen abhängiger und der in Unabhängigkeit geleisteten Arbeit nicht sah[1], bzw. nicht folgerichtig von seinem Ausgangspunkt erklären konnte[2].
Denn ebensowenig wie er die Nichtberücksichtigung der Arbeitsverträge des HGB mit der Formulierung, daß hier das "Arbeitsgeschäft hinter das Umsatzgeschäft zurücktrete"[3], begründen konnte, geriet er in Schwierigkeiten bei der Erfassung des Arbeitsvertrages als Dauerschuldverhältnis. Da jede Arbeit Zeit benötigt und dies seine Prämisse für ein Dauerschuldverhältnis war, ergab sich konsequenterweise diese Qualität des gesamten Vertrages, obwohl zu erkennen war, daß er mit dieser rechtlichen Einordnung besonders die Arbeitsverträge erfassen wollte, die auf einen längeren Zeitraum ausgerichtet sind, die also durch die Zeitgebundenheit eine Abhängigkeit des Arbeitnehmers hervorrufen.
Ebenso näherte Silberschmidt sich mit der Beschreibung des "Schuldverhältnis als Sonderverbindung zum sozialen Zusammenwirken" dem engeren Tatbestand des Arbeitsvertrages. Da er nämlich den Tatbestand des abhängigen Arbeitsvertrages nicht gesondert erfassen wollte, versuchte er, den besonderen Verhältnissen dieses Vertrages gerecht

---

1 Vgl. Nipperdey, NZfAR 1923, S.549.
2 Im übrigen war die Aufrechterhaltung des weiten Begriffes ein rein formales Ziel, da er die Erforderlichkeit spezieller Regelungen im Sinne des modernen Arbeitsrechts anerkannte: vgl. Dt.Arbeitsrecht, aaO.,S.18; Arch.f.R.u.W.Phil., Bd.XV, S.417.
3 RuW 1921, S.241; vgl. kritisch Potthoff, Arbeitsrecht XIII, S.635.

zu werden, indem er die allgemeinen jeder Partei obliegenden schuldrechtlichen Vertragsnebenpflichten in besondere Wohlverhaltenspflichten der Parteien umgestaltete[1].

Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß Silberschmidt im Grunde wie Lotmar daran gescheitert ist, daß er einen zu weiten Bereich wissenschaftlich erfassen und darstellen wollte und dabei die tiefen Unterschiede übersah, die nicht nur die gemeinsame Verklammerung unter einem Begriff zur Formalität werden ließen, sondern auch den Blick für die sachlichen Unterschiede und Besonderheiten verdunkelten.

3. Der Arbeitsvertrag nach Richter

Richter ging bei der Bestimmung des Arbeitsvertrages davon aus, daß dem Arbeitsrecht und Arbeitsvertrag ein einheitlicher "Tatbestand" zu Grunde liege, von dem aus die Bildung des Arbeitsrechts und die besondere Natur des Arbeitsvertrages zu erklären sei[2].
Um die wesentlichen Kriterien dieses Tatbestandes zu erkennen, griff er auf den physikalischen Begriff der Arbeit - Arbeit = Kraft mal Weg - zurück[3]. Von hier bezeichnete er die Zeitgebundenheit der Arbeit, die Tatsache, daß die Arbeitskraft nicht vom Dienstverpflichteten getrennt werden könne, und die Arbeit an fremden Arbeitsgegenständen als die spezifischen Momente des Arbeitstatbestandes[4].
An fremden Arbeitsgegenständen müsse die Arbeit geleistet werden, weil das Recht nur die Arbeit betreffe, bei

---

1 Soweit Silberschmidt unter Berufung auf Hoeniger den Arbeitsvertrag durch "mitbestimmte" Arbeit qualifizieren will, handelt es sich um Überlegungen de lege ferenda: vgl. dazu JW 1923, 223.
2 Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, 1923, S.3,4.
3 Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, 1928, S.5.
4 aaO., S.5,6; Arbeitsrecht, 1930, S.XV; Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, aaO., S.6.

der die Arbeitskraft im Rechtsverkehr wahrgenommen werde, was bei der Arbeit an eigenen Arbeitsgegenständen in der eigenen Rechtssphäre nicht der Fall sei[1].
Positiv werde der Tatbestand dadurch gekennzeichnet, daß der Arbeitsvorgang die Persönlichkeit des Menschen betreffe, da die Arbeitspflicht den Arbeitnehmer selbst in Anspruch nehme, ihn von Arbeitsumständen und Arbeitsumgebung und damit auch vom Arbeitgeber abhängig mache. Hierbei werde die Zeitgebundenheit der Arbeit zum wesentlichen Faktor. Denn die Bindung des Menschen über eine gewisse Zeit an die Arbeit gefährde seine Persönlichkeit und seine Würde. Deshalb habe das Recht die Aufgabe, den Arbeitnehmer besonders zu schützen, wie es in Art.151 WV zum Ausdruck gebracht sei[2].

Die Einordnung in das Rechtssystem nahm Richter wie folgt vor: Da jede Verpflichtung zur Arbeit die dargestellte Abhängigkeit mit sich bringe, sei der Arbeitsvertrag mit dem Dienstvertrag identisch[3]. Der Werkvertrag falle dagegen nicht unter den Arbeitsvertrag, da bei ihm nicht die Bindung des Arbeitnehmers im Bereich des Arbeitgebers im Vordergrund stehe, sondern die Transferierung von hergestellten Gütern, bei denen die Herstellung durch den Arbeitsvorgang nur "historischen" Wert habe[4].
Durch das arbeitsrechtliche Spezifikum der personalen Bindung gehöre der Arbeitsvertrag sowohl dem Personenrecht als dem Recht, das die unmittelbaren Beziehungen von Mensch zu Mensch regele[5], wie auch dem Vermögensrecht, das die menschlichen Beziehungen um der Güter willen normiere[6], an. Der Zugehörigkeit zum Personen-

---

1 Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, 1923, S.9; Arbeitsrecht, 1930, S.XV.
2 Vgl. i.e. hierzu: Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, aaO., S.8; Arbeitsrecht, 1930, S.XIV; Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, aaO., S.11.
3 Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, aaO., S.9,10.
4 aaO., S.10.
5 Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, aaO., S.5.
6 Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, aaO., S.24f.; Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, aaO., S.12.

recht entsprächen die personenrechtlichen Elemente des Arbeitsvertrages[1].

Richters Arbeit zeigt wiederum, wie sehr durch eine dem Recht vorgegebene Betrachtungsweise die rechtlichen Überlegungen beeinflußt werden können[2]. Denn auch Richter hat von seinem physikalischen Arbeitsbegriff her nicht die Notwendigkeit zur Differenzierung gesehen, das heißt, daß ein Vertrag zur Arbeitsleistung, der sich nur auf eine kurze Zeit bezieht, nicht mit den länger dauernden Arbeitsverhältnissen in seiner Struktur verglichen werden kann[3].
Ebenso hat er mit dem Kriterium der Arbeit "an fremden Arbeitsgegenständen" ein unwesentliches Merkmal für den Arbeitsvertrag herangezogen, da auch die Arbeit des Arbeitnehmers mit eigenen Arbeitsmitteln zum Arbeitsvertrag führen kann[4].
Im übrigen bringt Richters Lehre aber insofern einen Fortschritt, als er wie Gierke die Persönlichkeit des Arbeitnehmers in den Mittelpunkt des Vertrages stellt, damit das Charakteristische des Arbeitsrechts deutlich hervorhebt und die dogmatische Grundlage für den personenrechtlichen Akzent des Arbeitsvertrages legt[5].

4. Der Arbeitsvertrag als personenrechtliches Organisationsverhältnis nach Potthoff

Einer der ersten, der sich nach Lotmar des Arbeitsvertrages annahm, war bezeichnenderweise der Volkswirt und Sozialpolitiker Heinz Potthoff[6]. In seinen "rechtspolitischen Betrachtungen über das Arbeitsrecht"[7] skizzierte

1 Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, 1923, S.14f.
2 Vgl. Nipperdey NZfAR 1923, S.451.
3 Nikisch, Jher.Jb., Bd.80, S.136, Anm. 1; vgl.a.Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S.49.
4 Silberschmidt, Arbeitsrecht X, S. 414.
5 Vgl. Nipperdey, NZfAR 1923, S.451.
6 Vgl. Haußleiter, Heinz Potthoff (1875-1945), in: Zeitschrift für Sozialreform 1965, S.429ff.
7 Probleme des Arbeitsrechts, 1912.

er bereits 1912 die Unzulänglichkeiten der gesetzlichen Regelung des Arbeitsrechts. Seine Darlegungen erfaßten dabei die volkswirtschaftlichen Aspekte unter gleichzeitiger Berücksichtigung der historischen Entwicklung des Arbeitsvertrages. Da die vorhandene gesetzliche Regelung seiner sozialethischen Auffassung von der Arbeit nicht genügte, forderte er die Schaffung eines den wirtschaftlichen Verhältnissen und Leistungen der Arbeiterklasse angemessenes, "soziales" Arbeitsrecht. Potthoff, der in der folgenden Zeit - 1914 gründete er die Zeitschrift "Das Arbeitsrecht"[1] - eine unerschöpfliche Fülle arbeitsrechtlicher Beiträge vorgelegt hat, formulierte später eine eigene Lehre vom Arbeitsvertrag[2].

Danach liege ein Arbeitsvertrag vor[3], wenn der Arbeitnehmer sich zur Arbeit in die "Botmäßigkeit" des Arbeitgebers, der über dessen Arbeitskraft "verfügt", begebe[4], er sich also in den Betrieb des Unternehmers eingliedere[5] und damit Teil des betrieblichen "Organismus" werde[6].

Der Vertrag sei ein personenrechtliches Organisationsverhältnis. Denn der Betriebsorganismus, insbesondere beim Großbetrieb, sei ein organisiertes Ganzes, das der einheitlichen Leitung bedürfe, die die Unterordnung des Arbeitnehmers erfordere[7]. Nur durch das Zusammenwirken aller sei das Ziel des Betriebes, die Produktion, zu erreichen. Der Arbeitsvertrag als "Organisationsverhältnis" habe die Aufgabe, diese Organisation zu leisten[8]. Er sei personenrechtlicher Natur, weil im Arbeitsvertrag ein Mensch sich unter die Verfügungsgewalt des Arbeitgebers "hingibt", d.h. im Mittelpunkt der rechtlichen Regelung der Mensch stehe[9]. Insoweit sei das Arbeits-

1 Vgl. S.82 Anm.3.
2 Vgl. Probleme des Arbeitsrechts, aaO., S.4ff.
3 Den Begriff des Arbeitsvertrages i.S. Lotmars vertrat er nur vorübergehend. Vgl. S.85 Anm.1.
4 Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, 1922, S.6; Arbeitsrecht, Das Ringen um werdendes Recht, 1928, S.25.
5 AR, Das Ringen um werdendes Recht, aaO., S.24.
6 LZ 1925, S.1139.
7 RArbB NAT 1922, S.507 u. 1925, S.758; Arbeitsrecht, Das Ringen um werdendes Recht, aaO., S.39.
8 RArbB NAT 1925, S.507.
9 Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, aaO., S.19.

vertragsrecht in seiner personenrechtlichen Natur dem Beamten- und Familienrecht ähnlich[1]. Dieser Bedeutung entsprechend stelle Art.157 WV die Arbeitskraft unter den Schutz der Verfassung[2].

Mit dieser Einordnung verneinte Potthoff die Zugehörigkeit des Vertrages zum Schuldrecht. Voraussetzung des Schuldrechts sei nämlich die Handlungsfreiheit der Vertragsparteien und ihre Gleichstellung[3]. Diese könne es jedoch im Großbetrieb nicht geben, da der Unternehmer nicht in der Lage sei, mit jedem Einzelnen einen besonderen Vertrag abzuschließen. Der Arbeitnehmer müsse sich vielmehr den Bedingungen des Betriebes unterwerfen[4], da er als einzelner, wie die Entwicklung des 19.Jahrhunderts gezeigt habe, dem wirtschaftlichen Übergewicht des Arbeitgebers unterlegen und seine Existenz vom Arbeitsvertrag abhängig sei, was mittelbar auf der die Verteilung der Güter rechtfertigenden Rechtsordnung beruhe[5].

Auf Grund der Struktur des Arbeitsvertrages unterschied Potthoff nun innerhalb des Dienstvertragsrechts, das er zunächst auf den Vertrag anwendete, die verschiedenen Verträge über "abhängige" und "in Unabhängigkeit geleistete" Arbeit[6], während er später das gesetzlich vorgesehene Individualarbeitsrecht verließ und den Arbeitsvertrag unter Überwindung des Zivilrechts nur noch auf kollektiver Basis erfassen wollte. Einen Anknüpfungspunkt hierfür sah Potthoff in den neuen das Arbeitsrecht betreffenden Verfassungsbestimmungen. Die Übertragung des demokratischen Prinzips auf die Betriebsverfassung,

---

1 Arbeitsrecht IX S.276; Arbeitsrecht XII S.244.
2 DRZ 1921, Sp.313f.
3 AR, Das Ringen um werdendes Recht, aaO., S.39.
4 aaO., S.39; Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, neuabgedruckt in Arbeitsrecht und Politik, 1966, S.10.
5 Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, aaO., S.7, RArbB NAT 1922, S.507; Arbeitsrecht X S. 269; Arbeitsrecht, Das Ringen um werdendes Recht, aaO., S.9ff.
6 DRZ 1921, S.312; RArbB NAT 1922, S.507.
7 Arbeitsrecht, Das Ringen um werdendes Recht, aaO.,S.40; Die Einwirkung der Reichsverfassung.., aaO.,S.11.

wie sie in Art.165 WV vorgesehen sei, führe nicht nur zur Kollektivierung des Arbeitsrechts im Bereich des Tarifvertragsrechts und des Betriebsrätegesetzes, sondern konsequenterweise auch zu einer Umdeutung der Vorschriften des BGB[1].
Träger der Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis werde die Betriebsgemeinschaft, in die der einzelne sich eingliedere. Diese nehme für ihn seine Interessen gegenüber dem Arbeitgeber wahr[2]. Dadurch werde es dem Arbeitnehmer ermöglicht, den ihm zukommenden Anteil an Mitgestaltung und Mitbestimmung zu erlangen, da die Betriebsgemeinschaft dem Unternehmer ein gleichberechtigter Partner sei[3]. Gleichzeitig sei dem Arbeiter damit auch die Möglichkeit gegeben, wieder zu einem sinnvollen Verhältnis zu seiner Arbeit zu finden, und Arbeitnehmer und Arbeitgeber könnten gemeinsam an der Verwertung des großen Gutes "Arbeitskraft" zum Wohle der gesamten Wirtschaft und des Volkes mitwirken[4].

Potthoffs Arbeitsvertragslehre ist nur verstä-ndlich unter Berücksichtigung der verschiedenen Einflüsse, die ihn geprägt haben.
Als Volkswirt, der die Notwendigkeit von Großbetrieben kannte, wenn das Wohl der Allgemeinheit gesichert und verbessert werden sollte, war er ganz von dem Gedanken erfüllt, ein Recht zu schaffen, das den besonderen Bedingungen der Großbetriebe Rechnung trug. Dabei übersah er aber - einseitig seine Lehre nur auf diesen Tatbestand abstellend -, daß es auch noch andere Arbeitsverträge mit gänzlich verschiedenen tatsächlichen Strukturen gab[5]. Aber auch darüberhinaus hat er sich mit der Be-

---

1 Arbeitsrecht XII, S.164 u.169; DJZ 1927, S.1657, 1659; Die Einwirkung der Rechtsverfassung auf das Arbeitsrecht, aaO., S.8; Arbeitsrecht IX, S.28; Arbeitsrecht, Das Ringen um werdendes Recht, aaO, 40.
2 Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, aaO., S.19. RArbB NAT 1922, S.508; DRZ 1926, S.285.
3 Arbeitsrecht, Das Ringen um werdendes Recht, aaO.,S.40.
4 Arbeitsrecht XII, S.163; Arbeitsrecht VIII, S.72; Arbeitsrecht, Das Ringen um werdendes Recht, aaO.,S.56; RArbB NAT 1922, S.508; DRZ 1926, S.285.
5 Vgl. Melsbach, Dt.Arbeitsrecht, 1923, S.50 Anm.1.

tonung des Organisationsverhältnisses zu sehr von betriebswirtschaftlichen Aspekten im rechtlichen Bereich leiten lassen. Denn zu Recht ist darauf verwiesen worden, daß der schuldrechtliche Arbeitsvertrag ohne weiteres geeignet ist, die Organisation der Arbeit, wie Gierke bereits dargelegt hatte, zu leisten[1]. Eine besondere Klassifizierung des Arbeitsverhältnisses als Organisationsverhältnis ist deshalb entbehrlich.
Ebenso war die Einbeziehung des Arbeitsvertrages - so verdienstvoll Potthoffs Bemühungen um die Anerkennung der personenrechtlichen Elemente des Arbeitsvertrages waren - in das Personenrecht zu weitgehend, da er verkannte, daß auch im Schuldrecht personenrechtliche Elemente wie bei der Gesellschaft zu finden sind[2], während die Arbeitsverpflichtung, die im Vordergrund des Vertrages steht, im Personenrecht zu weit zurückgedrängt wird[3].

Den interessantesten Aspekt der Lehre Potthoffs bietet sein Versuch, das Individualarbeitsrecht zu überwinden. Die Motive hierzu sind mehrschichtig.
In der Betonung des Verfügungsrechts des Arbeitgebers über den Arbeitnehmer, also der Ausdeutung des Arbeitsvertrages als Herrschaftsverhältnis folgte er zunächst Gierke[4]. Aber gleichzeitig zeigte sich hier seine sozialpolitische Erfahrung, die die Not und Gefährdung des Arbeiters im Arbeitsverhältnis kannte. Mit Hilfe des kollektiven Arbeitsrechts hoffte er nun, ein System aufzeigen zu können, das dem Arbeitnehmer Hilfe bot. Symptomatisch ist dabei sein Menschenbild, dessen sozialer Gehalt weniger aus humanitärem Mitleid resultierte, sondern das auf der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Arbeits-

1 Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages, 1925, S.14; Silberschmidt, Das dt.Arbeitsrecht, 1926, S.20.
2 Oertmann, Dt.Arbeitsvertragsrecht, 1923, S.14.
3 Oppermann, Arbeitsrecht XIII, S.37; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.1, 1927, S.88f; Silberschmidt, JW 1923, S.223.
4 Vgl. kritisch dazu: Hueck-Nipperdey, aaO., S.88; Silberschmidt, JW 1923, S.223.

kraft basierte. Er hoffte mehr soziale Gerechtigkeit durch eine bessere Organisation der Arbeit erreichen zu können[1].

Hinzu kamen seine genossenschaftlich-politischen Ideen, die er von Gierke kannte und die er auch in der Verfassung manifestiert sah. Er ging davon aus, daß die Übertragung syndikalistischer Vorstellungen auf die Gesellschaft im Betriebsrätegesetz und im kollektiven Arbeitsrecht nur ein Anfang sein konnte, der sich in der Überwindung des Individualarbeitsrechts fortsetzen mußte. Aber er vergaß dabei auf Grund seiner leidenschaftlichen Anteilnahme, daß er mit diesen Vorstellungen das positive Recht verlassen hatte und Ziele erstrebte, die legitimerweise allein durch rechtspolitische Reformen zu erreichen waren.

5. Die Lehre vom Arbeitsvertrag nach Sinzheimer

Sinzheimers Lehre vom Arbeitsvertrag ist wesentlich durch seinen besonderen methodischen Ansatz beeinflußt worden. Er war Anhänger einer "soziologischen Methodenlehre"[2], die darauf abstellte, "die rechtliche Dynamik und die soziale Struktur", die hinter den Rechtsvorgängen wirkt, zu fixieren[3]. Aus dieser Sicht lag die Erkenntnis nahe, daß dem Dienstvertrag zwei innerlich verschiedene soziale Tatbestände zu Grunde lagen, die miteinander keine Gemeinsamkeit hatten[4]. Er faßte dementsprechend als Arbeitsvertrag im eigentlichen Sinne nur

---

1 Vgl. Haußleiter, Heinz Potthoff, in: Zeitschrift für Sozialreform 1965, S.431f; Potthoff, Was heißt Volkswirtschaft? 1919.
2 Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft, 1909; Arbeitsrecht IX, Sp.187ff.; Soziale Praxis XX (1910), Sp.1202ff. u. 1233ff.
3 Sinzheimer, Arbeitsrecht IX, S.191f.
4 Grundzüge des Arbeitsrechts, 2.A., 1927, S.4; Handwörterbuch der Staatswissenschaft, Bd.1, 1923,S.845.

den Vertrag über die abhängige Arbeit auf, den er wie Nikisch[1] als Anstellungsvertrag bezeichnete[2]. Dieser Tatbestand folge auch, wie er meinte, aus der geschichtlichen Entwicklung, wie sie durch die Arbeiterbewegung geprägt worden sei, und entspreche den gesetzlichen Regelungen des Tarifvertrages, der Arbeiterversicherung und dem Betriebsräterecht[3].

Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers ergebe sich dabei aus der Unterordnung des Arbeitenden unter fremde Verfügungsgewalt[4], als Unterwerfung eines Menschen unter den Willen eines anderen[5]. Diese Unterordnung resultiere aus dem Gewaltverhältnis, das als Organisations- oder Einheitsverhältnis für den Aufbau und Bestand der Wirtschaft erforderlich sei[6] und im Kern noch den alten germanischen Verbänden des Hofes und Hauses entspreche, "in denen väterliche oder hausherrliche Gewalt die einzelnen zu sozialen Einheiten zusammenfaßte"[7].

Diese Bestimmung der Abhängigkeit, wie sie auch bereits bei Gierke, aber auch bei Potthoff zu finden war, wurde von Sinzheimer originär vertieft. Er sah den Grund des Gewaltverhältnisses in der besonderen Beziehung von Arbeit und Kapital, indem er die Theorie von der Anziehungskraft des Kapitals[8] auf die Arbeitnehmer anwandte. Er ging also davon aus, daß der lohnabhängige Arbeiter für den Kapitalisten nur das Verwertungsmittel für seine Produktionsmittel darstelle, während gleichzeitig der Arbeiter auf Grund seiner ökonomischen Abhängigkeit gezwungen werde, dies Gewaltverhältnis einzugehen[9].

Das Eigentum verleihe damit nicht nur Herrschaft über

---

1 Vgl. unten S.102.
2 Grundzüge des Arbeitsrechts, aaO., S.117f.
3 Grundzüge des Arbeitsrechts, aaO., S.10.
4 aaO., S.10.
5 aaO., S.10.
6 Handwörterbuch der Staatswissenschaften, aaO., S.845. Grundzüge des Arbeitsrechts, 1.A., S.4; 2.A., S.14f.
7 Grundzüge des Arbeitsrechts, 2.A., S.11.
8 Grundzüge des Arbeitsrechts, aaO., S.25; vgl.auch S.46 die Nachweise.
9 Grundzüge des Arbeitsrechts, aaO., S.25.

Sachen, sondern auch Herrschaft über Menschen[1], wobei der Arbeitsvertrag das rechtliche Mittel sei, durch das die Arbeitskraft dem Eigentümer schrankenlos zur Verfügung gestellt werde. Diese Personengewalt des Eigentums finde nun im Arbeitsvertrag ihren Niederschlag in den personenrechtlichen Elementen des Vertrages[2].

Sinzheimers Lehre unterliegt hinsichtlich der Klassifizierung des Arbeitsvertrages als Gewaltverhältnis den gleichen Bedenken, die bereits gegen Gierkes Ausführungen erhoben wurden[3]. Problematisch ist vor allem auch seine Betonung der Willensunterworfenheit des Arbeitnehmers, da diese bei allen rechtlichen Verpflichtungen vorliegt und kein geeignetes Phänomen ist, die Besonderheiten des Arbeitsvertrages innerhalb des Dienstvertrages zu bestimmen[4]. Im übrigen gilt auch für ihn, daß die weitgehende Verpflichtung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis rechtlich nicht die persönliche Unabhängigkeit des Arbeiters beeinflussen kann, da er trotz des Direktionsrechts des Arbeitgebers "Herr seiner selbst und seiner Arbeitskraft" bleibt[5].
Soweit Sinzheimer die Abhängigkeit im Arbeitsverhältnis mit der wirtschaftlichen "Hörigkeit" des Arbeiters begründete, deuteten sich die Gefahren soziologischer Rechtsbetrachtung an, da hier offenbar wird, daß unbemerkt tatsächliche Gegebenheiten und Gesetzlichkeiten die Sollenssätze des Rechts überspielen. Denn die aufgezeichnete Abhängigkeit prägte zwar nach soziologischen Kategorien zur damaligen Zeit den Lebenssachverhalt "Arbeitsvertrag", sie war jedoch nicht das Merkmal, an dem der Arbeitsvertrag begrifflich fixiert war. So konnte im Laufe der Zeit gerade dieser Aspekt der Abhängigkeit

1 Grundzüge des Arbeitsrechts, aaO., S.22.
2 aaO., S.36.
3 Vgl.S. 78 ; die Angriffe, die gegen Sinzheimers historische Aspekte geführt worden sind, waren insoweit unzutreffend, als er keineswegs den Arbeitsvertrag historisch ableiten, sondern nur die Struktur vergleichend aufzeigen wollte. Vgl. Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht, 1926, S.80.
4 Vgl. Nikisch, Jher.Jb.Bd.80, S.97; Silberschmidt,LZ 1927,
5 Vgl. Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages, /288f. 1925, S.13.

weitgehend beseitigt werden, während die rechtliche Struktur des Vertrages blieb. Deshalb war die Offenlegung der tatsächlichen Zusammenhänge de lege ferenda bedeutsam und verdienstvoll, jedoch waren sie als Anknüpfungspunkte für die dogmatische Einordnung des Arbeitsvertrages ungeeignet.

6. Melsbachs Entwurf eines Arbeitsvertrages

Melsbachs Überlegungen zum Arbeitsvertrag, die er als eigenen Entwurf für das neue Arbeitsvertragsgesetz vorgelegt hat[1], knüpften bei der Bestimmung des Arbeitsvertragsbegriffes an die wirtschaftliche Unselbständigkeit des Arbeiters an. Der Arbeitsvertrag war danach ein bürgerlich-rechtlicher Vertrag, bei dem der Arbeitnehmer sich verpflichtete, Arbeit zu leisten unter Umständen, die nach der Verkehrsanschauung wirtschaftliche Unselbständigkeit bedeuteten[2]. Dies sei der Fall, wenn die Arbeit in abstrakto von Personen geleistet werde, die keine selbständigen Unternehmer seien[3]. Hierbei komme es nicht auf die Eingliederung in einen Betrieb oder auf das Bestehen einer persönlichen Abhängigkeit an[4], erforderlich sei nur, daß dem Arbeitnehmer durch die Arbeit seine Existenz gewährleistet werde.
Inhaltlich werde der Vertrag durch seine schuldrechtlichen, schutzrechtlichen und personenrechtlichen Elemente bestimmt[5].
Als Unterfall des Dienstvertrages sei der Arbeitsvertrag primär schuldrechtlicher Vertrag[6]. Die schutzrechtlichen Aspekte folgten aus dem Arbeitnehmerschutzrecht und den Kollektivverträgen: Beides Korrektive, die das Ungleich-

1 Deutsches Arbeitsrecht, 1923.
2 aaO., S.21; RArbB NAT 1922, S.474f; JW 1924, S.1001.
3 Deutsches Arbeitsrecht, 1923, S.57; RArbB NAT 1922, S.475; JW 1924, S.1001.
4 Deutsches Arbeitsrecht, aaO., S.22.
5 Deutsches Arbeitsrecht, aaO., S.36.
6 aaO., S.58; RArbB NAT 1922, S.474; JW 1924,S.1003.

gewicht der Vertragsparteien auszugleichen hätten und damit die personenrechtlichen Wirkungen des Vertrages ausmachen[1].

Die Personenrechtlichkeit sah Melsbach darin, daß das Institut der Persönlichkeit des Arbeitnehmers Rechnung tragen müsse. Es habe das Ziel, die Integrität der Persönlichkeit des Arbeitnehmers auch im Arbeitsverhältnis zu wahren[2]. In diesem Sinne seien die Schutzvorschriften des öffentlichen Rechts, aber auch die §§ 616ff BGB personenrechtlicher Natur.
Nach Melsbachs Darlegung kann diese Intention des Persönlichkeitsschutzes jedoch nur erreicht werden, wenn beide gesellschaftlichen Gruppen, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sich als Angehörige eines Volkes betrachten und die Klassengegensätze überwinden. Arbeiter und Unternehmer müßten gleichberechtigt unter Führung des Arbeitgebers Diener der Idee des Betriebes, ihres Gewerbes und der Volksgesamtheit sein. Diese Verbundenheit habe ihr Verhältnis zueinander zu beherrschen[3].

Diese Vorstellungen über den Arbeitsvertrag sind im wesentlichen stark kritisiert worden.
Zunächst ist zu bemerken, daß die begriffliche Fixierung des Vertrages, die allgemein abgelehnt wurde, darunter leidet, daß die wirtschaftliche Abhängigkeit als Bestimmungsgrund unzureichend ist, da dieses Kriterium auch als Folge anderer vertraglicher Beziehungen auftreten und zudem nur schwierig fixiert werden kann[4].
Im übrigen sind die Grundlagen dieses Entwurfs stark von syndikalistischen Ideen durchsetzt, wie sie auch schon bei Potthoff angeklungen sind. Mit dem Versuch, diese im

1 Deutsches Arbeitsrecht, aaO., S.19,26; RArbB NAT 1922, S.473,474; vor allem auch JW 1924, S.1005.
2 Deutsches Arbeitsrecht, aaO., S.19,28; RArbB NAT,S.473.
3 Deutsches Arbeitsrecht, aaO., S.29ff., 33ff.; JW 1924, S.1005.
4 Richter, Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, 1923, S.19; Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S.52; Molitor, RArbB NAT 1924, S.81; Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, 1926, S.95 u. Jher.Jb., Bd.80, S.3, Anm.7; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch d.Arbeitsrecht, 1928, Bd.1, S.25.

Bereich des Arbeitsvertrages näher zu konkretisieren, näherte Melsbach sich gedanklich den Ideen Rathenaus[1], Wolzendorffs[2] und Natorps[3], die die Gesellschaft auf den verschiedenen Ebenen genossenschaftlich strukturieren wollten[4]. Aber schon Gierke hatte darauf hingewiesen, daß durch eine Sozialisierung der Betriebe oder durch die Einführung genossenschaftlicher Unternehmensformen die Probleme der Arbeitnehmer nicht beseitigt werden könnten[5]. Mit der Betonung dieser Ideen ist Melsbach deshalb seinem Ziel, die Persönlichkeitsförderung im Arbeitsbereich, in der Substanz keineswegs nähergekommen.

Beachtenswert ist allerdings die Begründung der personenrechtlichen Seite des Arbeitsvertrages, deren Grundlage er zusammen mit Lehmann[6] in der Zielrichtung der sozialrechtlichen Vorschriften sah. Während die Lehre im allgemeinen den Grund für die personenrechtlichen Elemente des Vertrages in der unmittelbaren tatsächlichen Betroffenheit des Arbeitnehmers sah, griffen Melsbach und Lehmann hier auf die gesetzlichen Vorschriften selbst zurück und konnten so vom festen gesetzlichen Boden aus ihre Lehre begründen.

7. Die Bestimmung der Abhängigkeit durch Hoeniger und Nikisch

Unter den vielen Versuchen, den Arbeitsvertrag dogmatisch zu erfassen, findet sich auch eine Richtung, die es unternahm, die von dem Vertrag erfaßte Arbeit durch die Komponente der Zeit und die Unterteilung in Gattungs- und

---

1 Die neue Wirtschaft, 1918, S.7ff.; Die neue Gesellschaft, 1919, S.14f., 94ff.; Der neue Staat, 1922, S.10f.
2 Vom deutschen Staat und seinem Recht, 1917, S.95ff.
3 Sozialidealismus, 1920, S.17ff.
4 Vgl. Anm.1-3, aber auch Gurvitsch, Logos 11, S.131.
5 Vgl. Potthoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, S.15.
6 Die Grundfragen des neuen Arbeitsrechts, 1922, S.6ff. auszugsweise a. in: Arbeitsrecht IX, S.414ff.

Speziesarbeit zu fixieren. Es waren dies vor allem Hoeniger und Nikisch, dem sich Jacobi anschloß.

Hoeniger[1] stellte dabei auf die beiden Begriffspaare "Gattungs- und Speziesarbeit" sowie "fremdbestimmte" und "selbstbestimmte" Arbeit ab. Er glaubte, daß sich die Kategorien der Gattungs- bzw. Speziesschuld aus dem Bereich der Sachleistungen auch auf die Arbeitsleistungen übertragen ließen. Unter Einbeziehung der Differenzierung in fremd- und selbstbestimmte Arbeit kam er zu dem Ergebnis, daß der Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrages sich auf die fremdbestimmte Gattungsarbeit erstrecke[2], während die selbstbestimmte Speziesarbeit durch das Werkvertragsrecht geregelt werde[3].

Nikisch, der wie Richter systematisch das Vorliegen eines einheitlichen arbeitsrechtlichen und arbeitsvertraglichen Tatbestandes betonte, von dem aus er seine Lehre über den Arbeitsvertrag, für den er den Begriff des Anstellungsvertrages prägte[4], aufbaute[5], sah die Grundlage des Instituts in dem Versprechen des Arbeitnehmers, Arbeitsleistungen zu erbringen, die nur der Art nach bestimmt seien und eine gewisse Zeit in Anspruch nähmen[6]. Hieraus resultiere die spezifische Abhängigkeit des Arbeitnehmers, die sich in der Befugnis des Arbeitgebers zeige, die Arbeitsverpflichtungen des Arbeiters zu konkretisieren, also über dessen Arbeitskraft zu verfügen. Der Vertrag sei damit auf die Errichtung eines "Zustandes" angelegt[7], er schaffe ein "Machtverhältnis"[8], das er auch als Herrschaftsverhältnis bezeichnete[9].

---

1 Seine späteren Lehren werden unten mitberücksichtigt.
2 Hoeniger-Wehrle, Arbeitsrecht, 1920, S.XII,XIV; vgl. auch Schmidt-Rimpler, Der Handlungsagent, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd.5, I.Abt., 1.Hälfte, 1926, S.23.
3 Hoeniger-Wehrle, aaO., S.VII,XIII.
4 Vgl. Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, 1926, S.111; Jher.Jb.,Bd.80,S.1ff.
5 Die Grundformen.., aaO., S.91f.; Jher.Jb.,Bd.80,S.2.
6 Die Grundformen.., aaO., S.115f.; ebenso Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S.53f.
7 Die Grundformen .., aaO., S.116.
8 aaO., S.116.
9 Die Grundformen .., aaO., S.121.

Diese Arbeitsvertragslehre korrigierte Nikisch später auf die Kritik Nipperdeys[1] hin in der Weise, daß er auf das Merkmal "Arbeit der Art nach" verzichtete und nur noch darauf abstellte, ob der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft auf Zeit zur Verfügung stellte[2], wobei typische Begleitumstände des Anstellungsvertrages die längere Dauer der Anstellung und die Eingliederung in einen Betrieb waren[3].
Damit hatte er sich im wesentlichen der sich damals in der Literatur und Rechtsprechung abzeichnenden Hauptrichtung genähert, die im Anschluß aufgezeigt werden soll, wobei vor allem seine dogmatische Begründung der personenrechtlichen Struktur des Vertrages verdienstvoll war. Diese sah er darin begründet, daß der Anstellungsvertrag dem Arbeitgeber ein Befehlsrecht über die Person des Arbeitnehmers einräume, das zu einer Verbundenheit zwischen den Parteien führe und zugleich eines Korrektivs und Leitgedankens bedürfe, der sich in der Betriebsverbundenheit zeige[4].

Hoeniger dagegen hat seine ursprünglich fragmentarische Lehre nicht weitergeführt, die trotzdem einige bedeutungsvolle Aspekte bietet. Zunächst ist jedoch zu kritisieren, daß weder die Gattungsarbeit immer Gegenstand des Dienstvertrages ist, noch daß jeder Werkvertrag der Speziesarbeit zugeordnet sein muß[5]. Doch tat sich in seinem Hinweis auf die unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnisse, die dem Arbeitsvertrag zu Grunde liegen, die bis heute

---

1 Nipperdey, NZfAR 1926, S.732; Nipperdey weist darauf hin, daß die Unbestimmtheit der Arbeit der Art nach kein Kriterium für den Arbeitsvertrag sein kann, da der Handelsagent, der selbständig nur der Art nach bestimmte Arbeit verrichtet, anerkanntermaßen nicht unter das Arbeitsrecht fällt.
2 Nikisch, Jher.Jb., Bd.80, S.1.
3 Jher.Jb., Bd.80, S.40,41.
4 aaO., S.26,36; Die Grundformen ..., aaO.,S.134,135.
5 Silberschmidt, LZ 1927, S.294; Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S.53.

unbeantwortete Frage auf, inwieweit überhaupt die voneinander abweichenden Lebenssachverhalte durch einen einheitlichen Arbeitsvertrag erfaßt werden können[1]. Zu Recht wies Hoeniger deshalb beispielsweise auf die von einem Vertrauensverhältnis getragenen Arbeitsverhältnisse der Hausangestellten im Gegensatz zu den Massenarbeitsverhältnissen der Großbetriebe hin, in denen jede persönliche Beziehung zwischen den Parteien entfällt[2] und in denen gerade die Unterordnung als Bedrückung empfunden wird[3]. In diese Perspektiven ist auch seine Anmerkung einzuordnen, die Probleme des Großbetriebes im Rahmen einer Mitbestimmung zu lösen[4], einen Weg, den man erst heute zu gehen beginnt.

8. Der Arbeitsvertrag nach Hueck, Nipperdey, Oertmann und Kaskel

Mit den Lehren dieser vier Autoren bildete sich eine breitere Basis für das Arbeitsvertragsrecht. Gemeinsamer Ausgangspunkt ihrer im wesentlichen übereinstimmenden Lehren war die Auffassung vom Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrages, als schuldrechtlicher Vertrag über abhängige Arbeit. Im Streit blieben praktisch unerhebliche Nuancen und Akzente der Abgrenzung zu den selbständigen Dienstverträgen und die Erfassung der personenrechtlichen Seite des Arbeitsvertrages.

Hueck bestimmte den Arbeitsvertrag innerhalb des Dienstvertrages durch den Begriff des Arbeitnehmers: Ein Arbeitsvertrag liege dann vor, wenn sich jemand zur Arbeitsleistung im Dienste eines anderen verpflichte, wodurch er

---

1 Vgl. Ramm, JZ 1968, S.479.
2 Hoeniger-Wehrle, Arbeitsrecht, 1920, S. XXI, XXII.
3 aaO., S.XXII.
4 aaO., S.XXII; vgl. auch Silberschmidt, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 1920/21, S.418.

zum Arbeitnehmer werde[1]. "Im Dienste" eines anderen sei die Arbeit dann geleistet, wenn ein für den Arbeitnehmer "persönliches Abhängigkeitsverhältnis"[2] entstehe, wenn also der Arbeitnehmer hinsichtlich der Arbeitsleistung einer "Gehorsamspflicht" gegenüber dem Arbeitgeber unterliege, die nicht ganz unerheblich sei[3].

Wie Hueck verwies Kaskel ebenso als entscheidendes Kriterium für die Bestimmung der abhängigen Arbeit auf die Weisungsabhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber hinsichtlich der Ausführung der Arbeit[4]. Allerdings erweiterte er formal die Voraussetzungen dadurch, daß er zusätzlich nur die Arbeit berücksichtigen wollte, die berufsmäßig geleistet werde[5].
Im Gegensatz zu Hueck und Kaskel versuchte Oertmann die Abhängigkeit vor allem durch die betriebliche Einordnung zu bestimmen, während Nipperdey das Spezifische des Abhängigkeitsverhältnisses mehr umschrieb.
So betonte Oertmann die "Unterordnung und Einfügung als dienendes Glied in einem fremden Betrieb"[6]. Jedoch ging er nicht so weit wie Molitor, der dieses Kriterium allein zur Abgrenzung gelten ließ[7]. Sondern er verwies neben der organisatorischen Eingliederung auch auf das Zeitmoment, also auf die Notwendigkeit einer "mehr oder minder" dauernden Beziehung, die sich nicht in gelegentlichen Arbeitsverpflichtungen erschöpfe[8]. Damit entging er der

---

1 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.1, 1928, S.3,36.
2 Seine zunächst zusammen mit Jadesohn, Dersch, Matthai und Feig-Sitzler vertretene Abgrenzung, die sich daneben auch auf die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers stützte, hat er aufgegeben: vgl. i.e. Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts, 1922, S.21; Jadesohn, Das gesamte Arbeitsrecht, 1923, S.1; Matthai, Grundriß des Arbeitsrechts, 1923, S.88; Dersch, Betriebsrätegesetz, 6.A., 1923, § 10 Anm.3; Feig-Sitzler, Betriebsrätegesetz, 13.u.14.A., 1931, § 10 Anm.1.
3 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.1, 1928, S.36,3.
4 Arbeitsrecht, 2.A., 1925, S.30.
5 aaO., S.30.
6 Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923, S.9,11,13.
7 Arbeitnehmer und Betrieb, 1929, S.6ff.
8 Deutsches Arbeitsvertragsrecht, aaO., S.2,10.

Schwierigkeit, allein mit dem betriebsbezogenen Arbeitsvertragsbegriff die außerhalb einer organisatorischen Unternehmenseinheit arbeitenden Arbeitnehmer zu erfassen, ein Punkt, der die Hauptkritik an diesem Arbeitsvertragsbegriff ausgelöst hat[1].
Auch Nipperdey stellte primär auf die Eingliederung in den Betriebsorganismus eines anderen ab[2]. Zusätzlich verwendete er aber auch die Merkmale "im Dienste eines anderen", "Direktionsrecht im gesteigerten Umfang", "Gehorsamspflicht" und eine "erhebliche Unterordnung"[3]. Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen ergebe sich eine "Anstellung" im Sinne der Verkehrsanschauung, die "fremdbestimmt" sei[4].

Diese Gemeinsamkeit der Grundrichtung in der Begriffsbildung wurde typischerweise für die Entwicklung der Arbeitsvertragslehre in dieser Epoche von gegensätzlichen Ansatzpunkten erreicht.
Hueck ging davon aus, daß ebenso wie bei der Bestimmung des Arbeitsrechts ein weiter Begriff des Arbeitsvertrages, der alle Arten der Arbeit umfassen sollte, keine innerliche Berechtigung habe, da für diesen Vertrag nicht genügend "gleichartige und zugleich eigenartige Rechtsregeln" zu finden seien[5]. Denn die Arbeitspflicht der verschiedenen Arbeitsverträge im weiteren Sinne seien wirtschaftlich und sozial so sehr verschieden, daß sie auch rechtlich verschieden zu behandeln seien[6]. Dieser Unterscheidung entsprächen auch die durch die historische Entwicklung bedingte sondergesetzliche Regelung außernalb des Privatrechts, ebenso wie die eigenartigen Rechtsformen, die durch die Selbsthilfe der unselbständigen Arbeitnehmer

1 Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, 1926, S.98; Kreller, AcP Bd.122, S.5; Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S.51/52; Silberschmidt, LZ 1927, S.291; vgl. auch die früheren Meinungen Molitors: RArbB NAT 1924, S.81; Molitor-Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, 1925, S.71.
2 Staudinger-Nipperdey, Kommentar zum BGB, Bd.2, 2.Teil, 9 A., § 611 I 3; Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S.116.
3 aaO., § 611 I 3.
4 aaO., § 611 I 3.
5 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, aaO., S.87.
6 aaO., S.2,3.

gebildet worden wären[1].
Kaskel bestimmte inhaltlich den Arbeitsvertrag durch den Begriff des Arbeits- oder Sozialrechts[2]. Auf Grund der sozialen Frage seien Rechtssätze geschaffen worden, deren Inhalt in bestimmter Weise die unselbständige Arbeit regelte. Diesem Sonderrecht der Berufsstände müsse der Arbeitsvertrag entsprechen[3].

Oertmann ging von der volkswirtschaftlichen und sozialethischen Bedeutung der Arbeit aus, die die Relevanz der rechtlichen Behandlung verursache. Jedoch ergäben sich die eigentlich rechtlichen wie wirtschaftlichen Probleme nur dort, wo Arbeit im Dienste für einen anderen geleistet würde, da hier sich zwei typisch ungleich starke Parteien gegenüberständen, deren Ungleichgewicht eine Ausbeutung des Schwächeren ermögliche[4].

Bei Nipperdey klangen beide Elemente an. Einerseits habe der Tatbestand der abhängigen Arbeit die besondere Ordnung durch das Arbeitsrecht hervorgerufen[5]. Andererseits sei diese unterschiedliche Sachstruktur aber auch bereits in der dienstvertraglichen Regelung des BGB zu finden, da die Vorschriften der §§ 617-619, 624, 629, 630 BGB nur auf die Verträge über abhängige Arbeit passen[6]. Nipperdey verwies hier auf das Wort von Hachenburg[7], daß im Werkvertrag "eine ganz andere Luft als im Dienstvertrag wehe", in dem der Gedanke des Arbeiters walte[8].

Die schuldrechtliche Natur des Vertrages modifizierten Nipperdey, Oertmann und Hueck, indem sie den personenrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrages betonten. Kaskel dagegen hob das Interesse der Allgemeinheit an der

---

1 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, aaO.,S.4.
2 Arbeitsrecht, aaO., S.30, 1ff.
3 aaO., S.2 und Anm.2; vgl. a.Hoeniger, JW 1922, S.563 u. Geleitwirt zum Jahrbuch des Arbeitsrechts, 1922, S.V u. X f.; vgl. kritisch dazu: Nikisch, RArbB NAT 1927, S.30; Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S.41.
4 Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923, S.1,2.
5 Staudinger-Nipperdey, aaO., § 611 II 6.
6 aaO., § 611 II 1.
7 Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB, 1898, S.3.
8 aaO., § 611 II 1.

Gestaltung des einzelnen Arbeitsverhältnisses hervor, wie es sich durch das Arbeitnehmerschutzrecht gezeigt habe[1]. Hueck deutete dazu den personenrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrages schon durch seine Abgrenzung mit Hilfe der "persönlichen" Abhängigkeit an. Im übrigen verwies er auf die personenrechtlichen Wurzeln des Arbeitsvertrages im deutschrechtlichen Treudienstvertrag[2]. Im geltenden Recht ergebe sich der personenrechtliche "Einschlag" jedoch daraus, daß der Arbeitnehmer seine Arbeitsverpflichtung mit seiner Person zu erfüllen habe, da die Hingabe der Person anders als eine Sachleistung zu werten sei[3].

Oertmann verwies hinsichtlich des personenrechtlichen Charakters auf die §§ 616 ff BGB und die besonderen Verbindungen innerhalb der Hausgemeinschaft, die ein Vertrauensverhältnis voraussetzten[4].
Nipperdey verwies zur Begründung des personenrechtlichen Akzentes darauf, daß die Persönlichkeit des Arbeitnehmers im Mittelpunkt des Arbeitsvertrages stehe und daß auf Grund der persönlichen Beziehung zwischen den Parteien gewisse Treue- und Fürsorgepflichten entständen[5].

9. Der Arbeitsvertrag nach dem Entwurf des Arbeitsvertragsgesetzes

Diesen soeben aufgezeigten Entwicklungen entsprach auch bereits der im August 1923 vom Arbeitsrechtsausschuß beim Reichsarbeitsministerium veröffentlichte "Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes"[6]. Nach § 1 des Entwurfs ist der Arbeitsvertrag "der Vertrag, durch den der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zur Leistung von Arbeit gegen

---

1 Arbeitsrecht, aaO., S.51.
2 Hueck-Nipperdey, aaO., S.88.
3 aaO., S.90.
4 Deutsches Arbeitsvertragsrecht, aaO., S.20,21,23.
5 Staudinger-Nipperdey, aaO., § 611 I 3.
6 RArbB AT 1923, S.498; vgl. auch S.83.

Entgelt angestellt wird". Der Begriff des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers wurde nicht näher definiert, genauso wenig wie der Begriff der Arbeit.
Jedoch war aus der Denkschrift Potthoffs[1], der auch die Grundlage zu dem Entwurf geschaffen hatte[2], zu entnehmen, daß der Entwurf hauptsächlich auf die Frage Gewicht legte, ob der Arbeitnehmer in einem fremden Betrieb organisatorisch eingegliedert sei[3]. Diese organisatorische Abhängigkeit sollte durch den Begriff der Anstellung gekennzeichnet werden[4].

10. Die Rechtsprechung zum Arbeitsvertragsbegriff

Die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts entsprach der Lehre zum Arbeitsvertrag. Das RAG sah den Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrages an und bejahte die Arbeitnehmereigenschaft, wenn ein persönlich und wirtschaftlich vom Arbeitgeber abhängiger Dienstverpflichteter innerhalb des Rahmens eines privatrechtlichen Dienstvertrages nach dessen Bestimmungen eine unselbständige Tätigkeit für den Dienstherrn auszuüben hat[5].
Später hat das Gericht das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit mehr und mehr zurücktreten lassen und nur noch auf die persönliche Abhängigkeit abgestellt[6].

---

1 28.Sonderheft z.RArbB 2.Stück Berlin 1923.
2 Vgl. Kreller AcP, Bd.122, S.3.
3 Vgl. auch Kreller, aaO., S.3ff.
4 Kreller, aaO., S.3; Richter RArbB NAT 1924, S.230ff.; Molitor, RArbB NAT 1924, S.80ff.
5 RAG U.v.7.11.1928, BS 4, 143 (143); RAG U.v. 23.7.1930 BS 9,511 (513); RAG U.v. 17.10.1931, BS 13, 311 (311) i.st.Rspr.
6 Vgl. RAG U.v.10.9.1931, BS 13,42 (43): "und in gewisser Weise auch"; RAG U.v.2.7.1932, BS 15,505 (505): "Entscheidend ist die persönliche Abhängigkeit, die auch in der wirtschaftlichen Abhängigkeit hervorzutreten pflegt". Vgl. weiter RAG U.v. 10.8.1932, BS 15,550 (551) und vom 9.5.1934, BS 20, 302 (302).

11. Der Arbeitsvertrag und die Arbeits- und Betriebsgemeinschaft nach dem RG und RAG

Das RG und später das RAG haben bei der Frage des Betriebsrisikos im Arbeitsvertrag eine eigenwillige Rechtsprechung entwickelt, die den Arbeitsvertrag auf eine neue Grundlage gestellt hat.
Anlaß der Rechtsprechung war die Frage, ob der Arbeitnehmer den Lohn verlangen könne, wenn die Arbeit aus einem von beiden Parteien nicht zu vertretenden Umstand unterbleibt.
Der III. Senat des RG löste diese Frage in seiner berühmten Entscheidung vom 6.2.1923[1] anläßlich des Teilstreikproblems, indem er ausführte, daß zwar das BGB vielfach und auch im Recht des Dienstvertrages sozialen Rücksichten Rechnung trage, daß es aber dennoch entsprechend den Verhältnissen der Entstehungszeit auf einem individualistischen Standpunkt stehe. Inzwischen habe der Gedanke der sozialen Betriebs- und Arbeitsgemeinschaft, der das Arbeitsverhältnis im Betrieb beherrsche, Ausbreitung und Anerkennung gefunden. Deshalb sei die Lösung der Frage nicht von den Vorschriften des BGB, sondern aus den sozialen Verhältnissen zu entwickeln. Das RG geht dann davon aus, daß mit dem Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer in die Arbeiterschaft und damit in den Gesamtorganismus des Betriebes eintrete, dessen Ergebnis, die Produkte, Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinschaftlich erarbeiteten.
Auf diesem Gedanken beruhten auch die neuen Gesetze auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, insbesondere dem Betriebsrätegesetz, das den Betriebsräten eine weitgehende Mitwirkungsbefugnis zur Wahrnehmung der sozialen und wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer wie auch auf die Betriebsleitung einräumten. Dieser Gemeinschaft entspräche es, daß die negativen Folgen bei unverschuldetem Produktionsausfall nicht nur den Arbeitgeber, sondern auch die Arbeitnehmer träfen[2].

---

1 RGZ 106, 272.
2 Vgl. i.e. RGZ 106, 272.

Diese Rechtsprechung, der 1928 wenn auch zögernd[1] das RAG gefolgt ist[2], hat in der Literatur ein lebhaftes Echo gefunden und ist sowohl unter materiellen als auch methodischen Gesichtspunkten heftig diskutiert worden. Abgesehen von dem Streit um das Ergebnis[3] haben sich in der Diskussion drei Aspekte herausgeschält, die hier zu vermerken sind.

Zunächst wurde der mutige methodische Schritt des RG begrüßt, in dem viele die Abkehr von der dogmatischen und die Wendung zur soziologischen Schule sahen[4]. Zweifellos bedeutete dieses Urteil aber zumindest die völlige Anerkennung einer interessengemäßen Jurisprudenz und damit den Beweis, daß die Rechtsprechung das Verhältnis von Norm und Wirklichkeit überprüfte und bereit war, den gesellschaftlichen Veränderungen durch Fortbildung des Rechts Rechnung zu tragen[5].

Ein weiterer Gesichtspunkt war die Anerkennung kollektiver Gedanken im Bereich des Einzelarbeitsvertrages, wie sie hier durch die Rechtsprechung vollzogen wurde. Hierin wurde der Durchbruch von Entwicklungsprinzipien gesehen, die möglicherweise in der Zukunft das Arbeits-

---

1 Vgl. RAG U.v.1.2.1928, BS 2,68; U.v.7.3.1928, BS 2,135; U.v. 30.4.1928, BS 2,229.

2 U.v. 4.7.1928, BS 3,129; 4.7.1928, BS 3,178; U.v.3.1.1928, BS 4,149; U.v. 22.12.1928, BS 5,32; U.v. 15.12.28, BS 5, 38; U.v. 15.12.1928, BS 5,41; U.v.9.1.1929, BS 5,34; U.v. 16.1.1929, BS 5,110; U.v. 2.3.1929, BS 5,166; U.v. 11.5.1929, BS 6,1; U.v.12.10.1929, BS 7,132; U.v.2.11. 1929, BS 7,305; U.v. 23.11.1929, BS 7,467; U.v.30.11.1929, BS 7,415; U.v.8.2.1930, BS 8,407; U.v.15.2.1930, BS 8,260; U.v.22.2.1930, BS 8,413 st.Rspr.

3 Vgl. Hueck, JW 1929, S.453; Sinzheimer, JW 23., S.941; Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht, Bd.1, 1926, S.340ff., 275ff.; Kaskel, Arbeitsrecht, 1925, S.90; vgl. auch die weiteren Anmerkungen unten.

4 Neumann, Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, in: Arbeitsrecht und Politik, 1966, S.113; Oppermann, Arbeitsrecht XII, S.262; Vollbrecht, Arbeitsrecht XIII, S.778.

5 Vgl. die kritischen Anmerkungen von Esser, Grundsatz und Norm, 2.A., 1964, S.180f.

recht noch mehr zu beherrschen vermochten[1].

Als dritter Aspekt ist in der Sache selbst die Fragwürdigkeit der Wirklichkeitsinterpretation der Arbeitsverhältnisse im Betrieb und ihre Übertragung auf das Arbeitsverhältnis durch die Rechtsprechung hervorzuheben. Zwar gab es schon vorher in der Literatur einzelne Stimmen, die das Arbeitsverhältnis als Gemeinschaftsverhältnis aufgefaßt sehen wollten[2], und sicherlich war die Bedeutung des kollektiven Arbeitsrechts gegenüber dem Individualrecht stark angewachsen, wie sich unschwer aus den gesetzlichen Neuerungen zum Tarifrecht und dem Betriebsrätegesetz im Zusammenhang mit Art.165 WV erkennen läßt. Aber ger-ade die weitgehende syndikalistische Tendenz, die sich im Betriebsrätegesetz niedergeschlagen hatte, konnte sich in der Wirklichkeit nicht durchsetzen. Denn nach § 1 BRG hatte der Betriebsrat neben der sozialpolitischen Funktion auch die Aufgabe, "den Unternehmer bei der Erfüllung der Betriebszwecke zu unterstützen". Dieser erste Ansatz einer echten Betriebs- und Arbeitsgemeinschaft zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, auf den sich die Rechtsprechung gerade bezog, wurde jedoch nicht Wirklichkeit und hat keine Bedeutung erlangt[3]. Somit entsprach die Grundlage der Rechtsprechung in keiner Weise den tatsächlichen Verhältnissen in den Betrieben, da sich lediglich, wie anerkannt wurde, eine gewisse Gemeinschaft unter den Arbeitnehmern gebildet hatte, die sich aber nicht auf den Arbeitgeber erstreckte. Trotz sozialpolitischer und verwal-

---

1 Potthoff, Arbeitsrecht XIII, S.110ff.; Arbeitsrecht X, S.677ff.; Herschel, Arbeitsrecht X, S.689; Oppermann, Arbeitsrecht XII, S.262.

2 Vgl. Elster, Lexikon des Arbeitsrechts, 1910, S.31; Handwörterbuch der Arbeitswissenschaft, Bd.1, 1930, S.397ff.; Stockhausen, Arbeitsrecht, XI Sp.393ff.; Herz, Jher.Jb., Bd.74, S.26f.

3 Vgl. Fraenkel, Kollektive Demokratie, in: Arbeitsrecht und Politik, 1966, S.98,99; Vollbrecht, Arbeitsrecht, XIII, S.780.

tungsmäßiger Zusammenarbeit blieb das Verwertungsrisiko und der Verwertungsgewinn allein beim Arbeitgeber[1]. Damit hatte die Rechtsprechung ein Sozialideal ihren Entscheidungen zu Grunde gelegt, das wertmäßig keineswegs von den Sozialpartnern getragen wurde, da eine so weitgehende Interessengemeinschaft nicht bestand[2].

6. Kapitel Zusammenfassung der Entwicklung

Die Bilanz dieser Epoche ergibt die Einigkeit des überwiegenden Teils der Wissenschaft und Rechtsprechung über die begrifflichen Umrisse des Arbeitsvertrages, seiner Stellung im System und im wesentlichen auch über seine rechtliche Natur. Es gilt zum Schluß, die materiellen wie methodischen Leitlinien dieser Periode zusammenzufassen, die von Lotmar hierher geführt haben.

I. Die formale Aufgabenstellung nach dem Kriege

Mit den arbeitsrechtlichen Neuerungen nach dem ersten Weltkrieg, also vor allem mit der gesetzlichen Regelung des Tarifvertrages, der Erweiterungen des Arbeitnehmerschutzrechts und des Betriebsrätewesens, hatte sich die neue Disziplin des Arbeitsrechts gebildet, deren Bemühen

---

1 Fraenkel, Kollektive Demokratie, in: Arbeitsrecht und Politik, 1966, S.102; Neumann, Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, in: Arbeitsrecht und Politik, 1966, S.139; Simson, Arbeitsrecht XII, Sp.422; Silberschmidt, Das Reichsgericht und der Begriff des Sozialen, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd.2, 1929, S.1ff.; Vollbrecht, Arbeitsrecht, XIII, S.771ff.; Potthoff, Arbeitsrecht, XII, S.114; XI, Sp.635ff. u.713ff.; vgl. auch Buddeberg, Arbeitsrecht, XIII, Sp.117ff.

2 Kahn-Freund, Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts, in: Arbeitsrecht und Politik, 1966, S.173ff.; Herschel, Arbeitsrecht X, S.690; Silberschmidt, aaO., S.23; Potthoff, Arbeitsrecht, XIII, Sp.114.

darauf gerichtet war, ihre Eigenständigkeit und ihren speziellen Charakter zu formulieren und zu begründen. Dabei mußte eine Standortbestimmung des Arbeitsrechts gleichzeitig die Frage nach der Stellung des Arbeitsvertrages aufwerfen, da jede Analyse den Normwiderspruch zwischen dem Dienstvertrag des BGB und den übrigen arbeitsrechtlichen Vorschriften zu klären hatte.
Denn während das Arbeitsrecht vom Tarifvertrag bis zum Schutzrecht von der Unselbständigkeit und Gefährdetheit des Arbeitnehmers ausging, regelte der Dienstvertrag undifferenziert alle Verträge, deren Gegenstand die Leistung von Arbeit gegen Entgelt war, ohne auf die begleitenden und zu Grunde liegenden Umstände Rücksicht zu nehmen.
Dieser Prozeß der Klärung war akzentuiert und determiniert durch die veränderte methodische Einstellung der Wissenschaft und Praxis, durch die Modifikationen des positiven Rechts und durch den Wandel der sozialen Grundlage, die die Rechtsordnung trug.

II. Die methodischen Akzente

Während Lotmar noch rein formal den Arbeitsvertragsbegriff aus den verschiedenen Gesetzen abstrahierte, wurde das methodische Vorgehen der nach ihm folgenden Lehre durch zweierlei gekennzeichnet: Einmal folgte die dogmatische Fixierung des Arbeitsvertrages in der Regel der Bestimmung des Arbeitsrechts und seines Tatbestandes nach, da der Arbeitsvertrag als Teil des Arbeitsrechts an der allgemeinen Einordnung und Abgrenzung, wie sie insbesondere in den Lehrbüchern vorgenommen wurde, teilhaben mußte.

Zum anderen trat nach der Abwendung der Rechtswissenschaft von der Begriffsjurisprudenz mit dem Vordringen der Interessenjurisprudenz und der Freirechtsschule im

Rahmen der Interessenforschung sowohl in der Praxis wie in der Lehre die Wirklichkeit des Arbeitsverhältnisses in das Blickfeld der dogmatischen Überlegungen, ja begann in diesem vom Gesetz vernachlässigten Gebiet die Wirklichkeit das Recht zu formen[1]. So holte die Rechtswissenschaft zunächst das nach, was sie im 19.Jahrhundert versäumt hatte, indem sie die Realität des Arbeitsvertrages zur Grundlage ihrer Überlegungen machte und damit sicherstellte, daß jede Erörterung der rechtlichen Probleme den Zusammenhang zur Wirklichkeit nicht verlor[2]. Darüberhinaus zeigten sich die Auswirkungen der neuen Methodenschulen bei der Bestimmung der Abhängigkeit, nachdem die Lehre sich hinsichtlich dieses für das Arbeitsrecht und den Arbeitsvertrag geltenden Tatbestandes geeinigt hatte. Denn die Orientierung an der Wirklichkeit gab die Möglichkeit, den Begriff der Abhängigkeit mit Hilfe der Faktoren, die diesen Zustand hervorrufen, zu bestimmen[3]. Die verschiedenen Abgrenzungstheorien resultieren daher auch aus der unterschiedlichen Beurteilung der komplexen Wirklichkeit: Die wirtschaftliche Abhängigkeit Melsbachs, die Willensunterworfenheit Sinzheimers, das Organisationsverhältnis Potthoffs, Huecks und Kaskels Gehorsamspflicht oder am deutlichsten die Betriebsrisikorechtsprechung des Reichs- und des Reichsarbeitsgerichts mit dem Bezug auf die im Arbeitsverhältnis gewachsene Arbeits- und Betriebsgemeinschaft von Arbeitnehmer und Arbeitgeber waren methodische Versuche, den rechtlich gegebenen Begriff der "Abhängigkeit" von der Wirklichkeit her zu präzisieren.

Diese analytische Betrachtung des Arbeitsrechtstatbestandes mußte aber notwendigerweise auf den tiefen sachlichen

---

1 Vgl. Fechner, Rechtsphilosophie, 1956, S.81,82.
2 Vgl. Dahm, Deutsches Recht, 2.A., 1963, S.40,45; Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953, S.85ff.
3 Vgl. Engisch, aaO., S.103ff., 122.

Unterschied der Verträge, die vom Dienstvertrag erfaßt wurden, offenlegen. Denn der spezifische Tatbestand der Abhängigkeit, der zur Bildung des Arbeitsrechts geführt hatte, war nicht zu vergleichen mit der Vertragswirklichkeit der "selbständigen" Dienstverträge, da bei ihnen nicht die besondere persönliche Betroffenheit, Gefährdetheit und Abhängigkeit des Dienstverpflichteten anzutreffen war, die sich im Arbeitsvertrag in der Unterordnung des Arbeitnehmers unter die Verfügungsberechtigung des Arbeitgebers zeigte. Diese Erkenntnis half deshalb schon frühzeitig, die Aufspaltung des Dienstvertrages in den Arbeitsvertrag und die selbständigen Dienstverträge als gesicherte Erkenntnis erscheinen zu lassen.

III. Der Einfluß gesellschaftspolitischer Anschauungen

Diese Entwicklungsphase der Arbeitsvertragslehre ist aber auch unterschiedlich stark durch gesellschaftspolitische und ideologische Einflüsse bestimmt worden. Während gegen Ende der Epoche sich die Auseinandersetzungen in den Bereich der Dogmatik verlagert hatten und damit die rechtspolitischen Bestrebungen von den systematisch-dogmatischen Erwägungen erkennbar getrennt worden waren, sind in der Anfangsphase nach dem Kriege, als sich das Arbeitsrecht zu konstituieren begann, die rechtlichen Darlegungen stärker politisch-ideologisch beeinflußt worden.
Bereits der Arbeitsvertragsbegriff Silberschmidts war durch das Vorverständnis der Arbeit so determiniert, daß keine sachlich-rechtliche Kritik das Konzept erschüttern konnte. Dabei bedeutete die Einordnung der Arbeit in den Energiebereich schon im Ansatz eine fragwürdige Grundlegung seiner Arbeitsvertragslehre, die hierdurch eigenwillig gekennzeichnet wurde.

Besonders deutlich zeigte sich dies aber auch bei Sinzheimer, dessen Begründung der personenrechtlichen Natur des Arbeitsvertrages mit der Verwertungstheorie des Kapitals den Einfluß sozialistischen Gedankenguts offenbarte.
Ebenso basierten Potthoffs und Melsbachs Theorien über den Arbeitsvertrag auf einer im einzelnen nicht näher erläuterten genossenschaftlich-föderativen Verbands- und Gesellschaftsstruktur, deren Gemeinschaftsbezogenheit bei Melsbach bereits in die Epoche des dritten Reiches verwies.
Und letztlich bedeutete auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts zur Arbeits- und Betriebsgemeinschaft eine von syndikalistischen Vorstellungen beeinflußte Interpretation der Wirklichkeit, die mit der Realität nicht übereinstimmte[1].
An diesen Beispielen verdeutlicht sich der Einfluß politischer und allgemeiner Wertvorstellungen auf die Dogmatik des Rechts. Mit der Erkenntnis der Interessenjurisprudenz, daß das Recht durch Interessen verursacht wird und diese zu schützen hat, war die Bedeutung außerrechtlicher Vorgänge und Wertungen schon von der Entstehung und dem Zweck der Rechtsnorm zu erkennen. Mit den hier dargelegten Tendenzen zeigte sich aber weitergehend, wie die politisch-ideologischen Einstellungen sogar die Dogmatik des Rechts beeinflussen und beherrschen können.

IV. Die Veränderungen des Sozialmodells

Den größten Einfluß auf die Entstehung und Gestaltung des Arbeitsvertrages hatte aber die durch die sozialen und politischen Umwälzungen verursachte Veränderung der Wertgrundlage, die dem Dienstvertrag und allgemein

---

1 Vgl. Kahn-Freund, Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts, in: Arbeitsrecht und Politik, 1966, S.149f.

dem BGB zu Grunde lag. Trotz gleichbleibender Formalstrukturen wurden von außen die gesetzlichen Interessenwertungen durch eine Ablösung der weltanschaulich-politischen Basis verändert und damit die Auslegung und Gestaltung des Arbeitsvertrages durch die Lehre und Praxis determiniert. Denn jede Veränderung und Aushöhlung des Ordnungs- und Bewertungsplanes, der einem kodifiziertem Recht zu Grunde liegt und als beherrschendes Leitsystem die Auslegung und Anwendung des Gesetzes kontrolliert, mußte sich in der Auffassung und Anwendung des Gesetzes niederschlagen[1].

Diese Modifikationen des dem BGB vorgegebenen Sozialmodells begannen mit den einschneidenden politischen und rechtlichen Konsequenzen des ersten Weltkrieges, die einen plötzlichen und abrupten Wandel der Gerechtigkeitsmaßstäbe und der politischen Wertgrundlagen in der Rechtsordnung nach sich zogen und auf die Dogmatik ausstrahlten. Denn gegenüber dem am Beginn des Jahrhunderts geschaffenen BGB mit seinem einheitlichen Dienstvertrag, der Ausdruck der der Kodifikation zu Grunde liegenden wirtschaftlich-liberalen und konservativ-autoritären Ordnungskonzeption war, bedeutete das gesetzlich anerkannte und von der Verfassung garantierte Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer eine völlig neue Rangordnung der Arbeit und ihres Vertrages[2]. Die Besinnung der Gesellschaft auf ihre soziale Verantwortung hatte dazu geführt, daß die bürgerlich-liberale Ordnung beschnitten wurde und ein Minimum an materieller Gerechtigkeit[3] und wirtschaftlicher Existenz jedem Bürger mit den Mitteln des Rechts garantiert wurde[4].

---

1 Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 1968, S.431ff., 435ff; Esser, Grundsatz und Norm, 2.A., 1964, S.25, 29, 59; Esser, Studium Generale 1954, S.374, 376ff.; Kahn-Freund, aaO., S.149 u. Der Funktionswechsel des Arbeitsrechts, aaO., S.211ff.

2 Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S.1.

3 Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1950, 2.A.,S.148.

4 Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, in: Jur. Studiengesellschaft, H.3, 1953,S.17ff.

Dies geschah einerseits durch die programmatische Leitidee des Art.151 WV, der die Rechtsordnung anwies, das Wirtschaftsleben nach dem Grundsatz der Gerechtigkeit mit dem Ziel der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins zu gestalten[1], durch den besonderen Schutz der Arbeitskraft nach Art.157 WV und durch ein System öffentlichrechtlicher Gesetze, die gewisse Mindestvoraussetzungen im Arbeitsbereich für jedermann sicherstellten[2].

Zum anderen wurde durch das Tarifrecht die materielle Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden anvertraut, so daß durch die Legalisierung des Arbeitskampfes bei gleichzeitiger gesetzlich gesicherter unabdingbarer Wirkung der Kollektivverträge für die Beteiligten die Voraussetzungen einer freien und gerechteren Vereinbarung durch die gleichstarken Sozialpartner wiederhergestellt waren. Ebenso zeigte sich die veränderte Wertrelation an der Mitwirkung der Arbeitnehmer in dem durch das Betriebsrätegesetz geschaffenen Rahmen an der Gestaltung der Arbeitsverhältnisse in den Betrieben und an der durch die Verfassung ausgesprochenen Anerkennung der Gewerkschaften.

Diese geänderte Einstellung der Gesellschaft zur Arbeit mußte sich auf die nach liberalen Vorstellungen geschaffene Dienstvertragsregelung des BGB auswirken, da der Gesetzgeber dem Spannungsverhältnis zwischen neuem Wertverständnis und altem Recht, wie es geplant war, nicht abhalf. Das Ergebnis war die Aufspaltung des Dienstvertrages. Soweit die aus liberalen Anschauungen stammende gesetzliche Konzeption noch verwertbar war, wurde sie als "freier" Dienstvertrag erhalten. Der wesentliche Teil des Instituts wurde jedoch als Arbeitsvertrag in seiner Struktur und Gestaltung gemäß der neuen Einschätzung der Arbeit

1 Vgl. Anschütz, Die Verfassung des dt.Reiches, 14.A., 1933, Neuabdruck 1960, S.699.
2 Vgl. Potthoff, Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, in: Arbeitsrecht und Politik, 1966, S.1ff.

im Arbeitsrecht angesiedelt und begrifflich und inhaltlich unter Berücksichtigung der neuen Verhältnisse neu bestimmt.

V. Das dogmatische Ergebnis

Am Schluß dieser Epoche der Arbeitsvertragslehre standen deshalb zwei bedeutende Veränderungen:
Das war zunächst die endgültige Erfassung des Arbeitsvertrages als schuldrechtlicher Vertrag innerhalb des Dienstvertrages, als Vertrag über abhängige Arbeit, wobei die Präzisierung der Abhängigkeit entweder durch die Unterordnungspflicht unter die Direktionsbefugnis des Arbeitgebers oder durch die Einordnung des Arbeitnehmers in einen Betrieb vorgenommen wurde.
Das zweite war die, wenn auch nicht so einheitlich gesehene, besondere Natur des schuldrechtlichen Arbeitsvertrages, die der Vertrag durch seine personenrechtliche Elemente erhielt. Es war dies besonders ein Erfolg der Rechtslehre, die durch eine Fortbildung des Rechts dem Arbeitsvertrag ein neues Gesicht gegeben hatte, indem sie auf Grund der veränderten Wertung der Arbeit[1] rechtsschöpferisch die Vertragspartner verpflichtete, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers als Maßstab bei allen vertraglichen Verpflichtungen zu berücksichtigen. Denn obwohl im Gesetz in den §§ 616 ff BGB nur andeutungsweise diese Seite der Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber angeklungen war, sind diese charakteristischen Elemente des Instituts auf Grund einer erkannten Sachnotwendigkeit durch die Lehre entwickelt worden[2]. Es war

---

1 Vgl. Oppermann, Die rechtsphilosophischen Grundlagen des heutigen deutschen Arbeitsrechts, 1927, S.3ff.; Rosenstock, Die philosophischen Grundlagen des Arbeitsrechts, JW 1922, S.560.
2 Vgl. Larenz, Wegweiser zur richterlichen Rechtsschöpfung, in:Festschrift für A.Nikisch, 1958, S.276f.

dies vor allem das Verdienst von Gierke, von dem die Entwicklung ausging, Hueck, Nikisch, Nipperdey, Oertmann, Melsbach, Potthoff und Richter[1], die alle von dem Anliegen und der Überzeugung getragen waren, daß die besonderen tatsächlichen Verhältnisse, denen der Arbeitsverpflichtete im Vollzug des Arbeitsvertrages ausgesetzt war und die in erheblicher Weise in seine persönliche Sphäre eingriffen, durch das Recht zu korrigieren bzw. zu kontrollieren waren.

Mit dieser Lehre von der personenrechtlichen Seite des Arbeitsvertrages ist eine Erkenntnis gewonnen worden, die auch in Zukunft aus keinem Recht des Arbeitsvertrages herauszulösen sein wird.

---

1 Vgl. aber auch Lehmann, Die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts, in: Arbeitsrecht IX, S.415; Matthai, Grundriß des Arbeitsrechts, 1923, S.7; Herz, Jher.Jb.,Bd. 74, S.25ff.; Oppermann, Arbeitsrecht, XIII, S.36; vgl. auch Silberschmidt, oben, S.87; Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages, 1925, S.13; Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S.51; Nußbaum, Das Neue Deutsche Wirtschaftsrecht, 2.A., 1922, S.91; Kreller, AcP, Bd. 122, S.13.

Lebenslauf

Am 17.1.1942 wurde ich in Deutsch-Krone, Pommern, als Sohn des Amtsamtmanns Paul Waldt und seiner Ehefrau Agnes, geborene Badur, geboren.

Nach Kriegsende besuchte ich 1948 in Groß-Weeden, Kreis Herzogtum Lauenburg, die Volksschule und ab 1953 das altsprachliche Gymnasium Canisianum in Lüdinghausen. 1962 legte ich die Reifeprüfung ab.

Nachdem ich anschließend bei der Bundeswehr meinen Wehrdienst geleistet hatte, begann ich im Wintersemester 1963/64 das Jurastudium an der Wilhelms-Universität in Münster. Nach einem Zwischensemester an der Freien Universität in Berlin setzte ich das Studium in Münster fort und bestand am 27.5.1968 vor dem Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung und am 11.August 1972 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf, die zweite juristische Staatsprüfung.

Seit dem 29.August 1972 bin ich als Richter im Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen tätig.